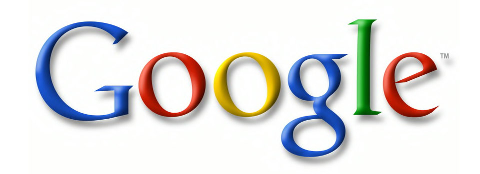





SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
VE RI TAS
CHRISTO ET ECCLESIAE



INSTITUTES DE GAÏUS.

Poitiers. — Imp. de A. DUPRÉ.

INSTITUTES

DE GAÏUS

CONTENANT LE TEXTE ET LA TRADUCTION EN REGARD

AVEC LE COMMENTAIRE AU-DESSOUS

PAR

M. L. DOMENGET

DOCTEUR EN DROIT, JUGE AU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DE BERGERAC

auteur du *Traité élémentaire des actions privées en droit romain*
du *Mandat*, etc.

ancien collaborateur des *Répertoires de jurisprudence* et du *Journal du Palais*

NOUVELLE ÉDITION

CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE

PARIS

A. MARESCQ AINÉ, LIBRAIRE-ÉDITEUR

17, RUE SOUFFLOT, 17

1866

PRÉFACE.

M. Duvergier, président au Conseil d'État, et M. Bonjean, aujourd'hui sénateur et président à la Cour de cassation, avaient porté le jugement le plus favorable sur la première édition de cet ouvrage. Cette appréciation a été confirmée par le public. C'est pourquoi j'ai dû céder aux nombreuses sollicitations de ceux qui me pressaient de rééditer mon travail, et de le compléter par un commentaire qui en rendrait l'intelligence plus facile. J'aime à croire qu'il me sera tenu compte des efforts que j'ai faits pour arriver à ce résultat.

Peu de personnes se font une idée exacte des soins qu'exigent les œuvres de la nature de celle que je viens de terminer. Traduire un auteur ancien est déjà une chose bien délicate; mais l'expliquer est une entreprise encore plus difficile, surtout quand le livre traduit est l'exposé d'un corps de doctrines intermédiaires entre un droit qui n'est plus et un droit postérieur qui l'a profondément modifié. Les développements historiques qu'entraînent une foule de propositions émises dans le texte sont d'abord une cause de fatigue constante, et font craindre, en outre, à chaque instant, d'être inexact et incomplet. Souvent il arrive qu'un paragraphe parait poser un principe absolu qui semble mitigé par un paragraphe placé ailleurs ou dans un texte étranger: de là naît l'incertitude. Pour la dissiper, on a recours aux interprètes autorisés, et il n'est pas rare que les explications contradictoires ou insuffisantes qu'ils fournissent augmentent les doutes, et par suite la perplexité du commentateur. Dans une telle situation, le découragement s'emparerait certainement de son esprit, s'il n'était soutenu par la conscience d'un devoir à remplir et l'assurance de trouver quelques lecteurs indulgents.

C'est principalement pour les jeunes gens de nos facultés que j'ai

effectué ce labeur ingrat. J'ai été constamment préoccupé du désir de leur être utile, me rappelant avec satisfaction l'intérêt que prenaient leurs devanciers à l'exposé d'une législation qui a toujours présenté un véritable attrait à ceux qui ont sérieusement étudié le droit romain au point de vue historique.

Gaïus a vécu sous les règnes d'Adrien, d'Antonin le Pieux, de Marc-Aurèle et de Commode, c'est-à-dire dans les deux derniers tiers du second siècle de l'ère chrétienne. Il a composé le premier commentaire de ses *Institutes* et les trois quarts du second sous Antonin le Pieux. Cela ne saurait être douteux en présence des locutions employées par lui au sujet d'Antonin, qu'il appelle empereur très-sacré dans le cours du premier commentaire et dans le cours du second, jusqu'au § 194, dans lequel il le désigne sous le nom de divin empereur. Les empereurs devenaient dieux après leur mort, mais jamais de leur vivant. Ce point historique ne saurait donc être contesté.

Gaïus était de l'école sabinienne; ses *Institutes* nous font connaître bon nombre des principaux points de droit sur lesquels son école différait de l'école proculéienne. On a judicieusement observé que Gaïus parle des maîtres de cette dernière avec une grande déférence, ce qui ne prouve pas qu'au temps de Gaïus l'esprit de secte était détruit, ainsi qu'on l'a écrit à tort, mais s'explique facilement en présence des disciples éminents produits par les proculéiens. On ne connaît rien de la vie de Gaïus. Nul ne nous dit s'il fut l'ami des princes dont il illustra le règne, s'il fut magistrat ou professeur. Sa parfaite lucidité et l'excellente méthode qu'il a suivie dans ses *Institutes* semblent dévoiler un homme voué à l'enseignement. Nous devons dire cependant qu'aucune donnée positive ne vient à l'appui d'une pareille conjecture. Outre ses *Institutes*, Gaïus avait composé un commentaire sur l'édit (*ad Edictum provinciale*), un commentaire sur la loi des Douze Tables, et un ouvrage sur la matière *rerum quotidianarum*. Aucun de ces trois ouvrages n'est parvenu jusqu'à nous; on en trouve quelques fragments épars dans les livres du Digeste. La loi des Douze Tables elle-même n'a pas été conservée. On a essayé d'en rétablir la substance en réunissant les phrases détachées, recueillies dans les écrits des jurisconsultes et des classiques latins. Le meilleur travail sur cette matière est celui que M. Dirksen a publié à Leipsik, en 1824.

Les *Institutes de Gaïus* avaient été longtemps enseignées dans les

écoles de Rome et dans tout l'empire romain, jusqu'au jour où Justinien publia ses *Institutes*, calquées sur les premières. Aucun ouvrage élémentaire de droit n'avait été, comme celui-ci, recommandé à la jeunesse. Les personnes qui l'étudient aujourd'hui y trouvent ce qu'il nous est donné de lire de plus complet parmi les ouvrages des jurisconsultes classiques dont les travaux ont mérité le nom de *raison écrite*. Les *Institutes de Gaïus*, n'étant pas un texte de lois, n'ont pas la forme et la précision des lois. Comme elles ne furent pas publiées avec la sanction impériale, elles n'ont pas non plus l'autorité du précepte. C'est un ouvrage de pure doctrine sur le droit romain, tel qu'il était à l'époque où Gaïus écrivait; c'est un commentaire sur le droit mis à la portée de la jeunesse.

Cet admirable texte a été longtemps perdu pour la science. Quelque surprenante que puisse paraître cette perte, elle s'explique cependant en présence de la marche progressive du droit romain depuis Marc-Aurèle jusqu'à Justinien, surtout quand on remarque que les *Institutes* de l'empereur joignaient au mérite d'être un ouvrage de droit élémentaire reproduisant tous les passages de Gaïus qui traitaient du droit encore en usage au temps de Justinien, celui d'être un corps de lois compté parmi les recueils composant l'enseignement officiel. Cet oubli s'explique encore pour tous ceux qui connaissent les destinées du droit romain en Occident, et l'abandon dont il fut l'objet pendant six siècles, pour tous ceux qui savent que les barbares l'avaient accommodé à leurs coutumes et en avaient fait des codes façonnés à leurs mœurs. Quand l'école de Bologne remit en honneur le droit romain, elle reprit les textes que les empereurs avaient promulgués; elle voulut faire revivre comme lois ce qui avait été la loi écrite, et, comme le Digeste était censé reproduire les ouvrages des plus illustres jurisconsultes de l'époque juridique classique, elle ne fit pas de recherches approfondies pour retrouver des ouvrages originaux qu'elle croyait avoir réunis sous sa main.

C'est en 1816 que M. Nieburhr découvrit, à Vérone, le manuscrit des *Institutes de Gaïus*, sur des feuillets raturés et surchargés, d'une écriture plus récente, reproduisant les Épîtres de saint Jérôme. M. de Savigny reconnut sur ce palimpseste le texte de Gaïus, qui fut rétabli presque en entier par les soins de trois hommes pleins de dévoûment à la science, parmi lesquels se distingue l'illustre Gœschen, qui, dès l'année 1824, publia la deuxième édition des *Institutes* retrouvées. En 1840, il s'oc-

cupait d'une troisième édition, quand la mort vint l'enlever à ses travaux. M. Lachman a continué son œuvre, et donné, en 1841, dans le *Corpus juris* publié à Bonn, la troisième édition préparée par Gœschen. C'est la meilleure que nous possédions, et surtout la plus complète.

Avant la découverte faite à Vérone, nous avions un abrégé de l'œuvre de Gaïus, qui ne reproduisait qu'avec des mutilations énormes le précieux livre que nous possédons maintenant. Cet abrégé était cependant d'un grand prix pour les jurisconsultes; il avait été inséré dans le *Bréviaire* d'Alaric, promulgué en l'an 506 de J.-C. et rédigé par ordre d'Alaric II, à Aire, en Gascogne.

Deux tables, placées à la fin de notre travail, ont pour objet de faciliter les recherches. La première reproduit les divisions principales de l'ouvrage. La table alphabétique indique les paragraphes sous lesquels il est question des différentes matières traitées dans le volume.

Mars 1866.

INSTITUTES DE GAIUS.

COMMENTAIRE PREMIER.

De jure gentium et civili.

§ 1. Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur: quæ singula qualia sint, suis locis proponemus.

Du droit des gens et du droit civil.

§ 1. Tous les peuples, régis par des lois et des coutumes, observent un droit qui leur est propre en partie, et dont partie est commune à tous les hommes; car le droit que chaque peuple s'est donné à lui-même est un droit qui lui est propre, et qu'on appelle *droit civil*, comme droit propre à la cité même; mais le droit que la raison naturelle a établi entre tous les hommes est observé chez tous les peuples, et est appelé *droit des gens*, parce que toutes les nations se servent de ce droit. C'est ainsi que le peuple romain se sert d'un droit qui lui est propre en partie, et qui est en partie commun à tous les hommes. Nous établirons cette distinction quand il y aura lieu.

Le droit *civil* est le droit particulier à chaque peuple; le droit *des gens* est celui qui est commun à tous les hommes, et

que pour cela on appelle aussi *droit naturel*. Chez les nations modernes, le nom de droit naturel est réservé pour désigner cette partie du droit en usage chez tous les peuples. On appelle *droit des gens* l'ensemble des règles qui régissent les rapports entre les peuples.

§ 2. Constant autem jura ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui jus edicendi habent, responsis prudentium.

§ 2. Le droit prend sa source dans les lois, les plébiscites, les sénatus-consultes, les constitutions des princes, les édits de ceux qui ont le pouvoir de dire le droit, et les réponses des prudents.

Notre texte indique six sources différentes du droit. Nous les étudierons successivement sous les paragraphes suivants.

§ 3. Lex est quod populus jubet atque constituit; plebiscitum est quod plebs jubet atque constituit. Plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis; plebis autem appellatione sine patriciis cæteri cives significantur. Unde olim patricii dicebant, plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent; sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent; itaque eo modo legibus exæquata sunt.

§ 3. La loi est ce que le peuple ordonne et établit; le plébiscite est ce que la *plèbe* ordonne et établit. La plèbe diffère du peuple en ce que le mot *peuple* comprend l'ensemble des citoyens, y compris les patriciens eux-mêmes; au lieu que, par le nom de *plèbe*, on désigne les citoyens, abstraction faite des patriciens. De là vient qu'autrefois les patriciens disaient qu'ils n'étaient pas tenus d'obéir aux plébiscites, parce qu'ils avaient été rendus sans leur concours; mais, par la suite, on porta la loi Hortensia (an de Rome 468), qui voulut que les plébiscites obligeassent tout le peuple; c'est pourquoi ils furent ainsi mis au rang des lois.

Peut-être vaudrait-il mieux traduire le mot *plebs* par les *plébéiens*, car *plèbe*, en français, désigne le menu peuple, au lieu que *plebs* s'entend de tout ce qui n'est pas aristocratie, et comprend, par conséquent, ce que nous appelons bourgeoisie, laquelle diffère de la plèbe.

C'était sur la proposition d'un magistrat sénateur, d'un consul, par exemple, que les lois étaient votées (Justinien, *Instit.*, liv. I, tit. II, § 4). — Ce n'était pas la majorité des voix individuelles qui décidait sur le projet présenté, mais la majorité des colléges ayant droit de suffrage. Dans le principe, les citoyens étaient divisés en trente colléges nommés *curies* (L. 2, § 2, ff. *de origine juris*). C'étaient des associations de familles (*gentes*), qui formaient une véritable aristocratie de race (Niebuhr, *Hist. rom.*, t. II, p. 40). Chaque *curie* avait une voix. Chaque association de famille émettait son vote sur l'acceptation ou le rejet de la loi, et la majorité de ces votes par tête de famille dictait la voix de la curie. On comptait les voix de chaque curie, et la majorité de ces voix décidait du sort de la loi. Ainsi, tant que dura cet état de choses, le vote par tête de famille était admis, car chaque curie comprenait un nombre égal de familles. — Servius Tullius modifia cette situation. Il divisa le peuple en six classes, suivant la quotité de biens pour laquelle chacun était inscrit sur les tables du cens. Ces six classes formèrent cent quatre-vingt-treize centuries, ayant chacune un suffrage. Mais, comme le roi fit entrer quatre-vingt-dix-huit centuries dans la première classe, tandis qu'il n'en mit qu'une dans la dernière, celle des plus pauvres, il en résulta que les riches seuls eurent l'influence et le vote des lois. — Les *lois* étaient les résolutions adoptées par le peuple romain tout entier (y compris les patriciens) réuni en *curies* d'abord, en *centuries* depuis Servius Tullius (578 ans avant J.-C.).

La loi ne devenait exécutoire que par l'adhésion du sénat (Tite-Live, liv. I, § 17; — Cicéron, *de legib.*, liv. III, § 12; — *de rep.*, liv. I, § 32). En vertu de la loi Publilia (en 414), cette adhésion dut êtredonnée à l'avance (Tite-Live, VIII, § 12).

Pendant la période républicaine, la réunion du peuple par *centuries* eut lieu fréquemment; celle du peuple par *curies* se produisit aussi quelquefois, par exemple pour les cas *d'adrogation* et pour ceux où il s'agissait de conférer l'*imperium* aux magistrats; mais trente licteurs représentaient le peuple (Cicéron, *de lege agraria*, *contra Rullum*, II, 12). Sous l'empire, l'adrogation exigeait encore une *lex curiata* (texte, § 99).

Quand les *plébiscites* et les *sénatus-consultes* eurent acquis

force de lois, les lois proprement dites devinrent plus rares et furent réservées à certains objets. Ainsi les comices par centuries nommaient les magistrats et statuaient sur certaines accusations.

Sous les empereurs, l'intervention des comices n'eut guère lieu que pour la forme et afin de ratifier les volontés de l'empereur et du sénat (Tacite, *Annales*, I, 15). — Les lois *Julia, de maritandis ordinibus*, en 736; — *Papia Poppœa*, en 762; — *Julia, de adulteriis*, en 737; — *Ælia Sentia*, en 757; — *Julia, de vicesima*, en 759, peuvent être citées.

Les *plébiscites* étaient les résolutions décrétées par les plébéiens seuls, dans les comices assemblés par tribus. Servius Tullius avait organisé la *plebs* en trente tribus (Denys d'Halicarnasse, liv. IV, § 19). Ce nombre fut plus tard porté à 35 (Tite-Live, liv. VI, § 5).

Le plébiscite était voté sur la proposition de l'un des tribuns du peuple (Justin., *Instit.*, tit. II, § 4). Chaque tribu avait une voix : les suffrages se comptaient par tête (Denys d'Halicarnasse, VII, 64).

Les tribuns, d'abord au nombre de deux, furent portés à cinq en 283, puis à dix en 297. Ils étaient nommés par les curies et choisis parmi les plébéiens.

L'inscription sur les tables de la tribu, d'abord faite par les consuls, fut confiée aux censeurs en 311 (Varron, *de lingua latina*, liv. V, § 81). C'étaient des magistrats élus dans les comices par centuries; ils devaient être pris parmi les sénateurs : il y en avait deux.

Les tribus ne comprenaient pas toutes le même nombre de citoyens, et comme chacune n'avait qu'une voix, il fut facile d'assurer la prépondérance à une classe sur l'autre. Ainsi, les quatre tribus urbaines se composaient de tous ceux qui n'avaient aucune propriété rurale, c'est-à-dire du plus grand nombre, et n'avaient que quatre voix à opposer à trente et une (Tite-Live, liv. XIX, § 46).

Les patriciens refusèrent d'abord d'obéir aux plébiscites, comme rendus sans leur participation. Ce n'est qu'en l'an 468 de Rome que la légitimité et la force obligatoire des plébiscites fut reconnue par eux. C'est la loi Hortensia qui régla cet état de choses.

§ 4. Senatusconsultum est quod senatus jubet atque constituit : idque legis vicem obtinet, quamvis fuit quæsitum.

§ 4. Un sénatus-consulte est ce que le sénat ordonne et établit; les sénatus-consultes obtiennent force de loi, quoique cela ait fait question.

On appelait sénatus-consultes les décisions prises par le sénat sans la participation de la *plebs*. Le sénat, institué par Romulus, fut d'abord composé de cent membres. Tullus-Hostilius en porta le nombre à 200, Tarquin l'Ancien à 300. Sous la république, les membres de ce corps arrivèrent successivement au chiffre de 600, et à celui de 1,000 sous César. Mais Auguste revint au chiffre normal de 600. Dans le principe, les sénateurs étaient choisis par les curies et par les tribus. Ils le furent ensuite par les consuls. Le tribunat, l'édilité curule et les autres grandes charges donnaient droit de siéger au sénat. Après l'établissement de la censure, l'inscription des sénateurs fut attribuée aux censeurs, qui avaient le droit de rayer les membres indignes. Sous la monarchie, le sénat partageait le pouvoir avec les rois. Au commencement de la république, son autorité était sans bornes. Il délibérait sur la paix et la guerre, faisait les lois, réglait les impôts, distribuait les provinces et rendait la justice. Mais le peuple et les tribuns ne tardèrent pas à diminuer son autorité. Il conserva néanmoins la direction politique et administrative des affaires publiques.

Mais on s'est demandé si le sénat avait conservé, sous la république, le droit de faire des règlements obligatoires pour les intérêts privés, de même que la *plebs* avait celui de faire des plébiscites. — Heineccius, *Histor. juris*, et *Antiquit. rom.*, p. 66 et suiv., a soutenu la négative. D'après cet auteur, ce n'est que sous Tibère que le sénat fit des règlements relatifs aux intérêts privés. Cette opinion nous paraît difficile à admettre, en présence de la corrélation que Gaïus et Théophile établissent entre la résistance du sénat à l'égard des plébiscites et celle de la *plebs* à l'égard des sénatus-consultes. Il n'est pas douteux que les décisions du sénat ont toujours été considérées comme obligatoires quant à la direction politique et administrative de la république. Ce n'est donc que relativement aux sénatus-consultes portant règle-

ment d'intérêts privés que l'opposition de la *plebs* pouvait se produire. Au surplus, Cicéron, *Topica*, V, dit textuellement que les sénatus-consultes étaient une source du droit privé, en ces termes : « *Jus civile id esse quod in legibus*, SENATUSCONSULTIS... *æquitate consistat.* » Pomponius dit aussi (L. 2, § 9, ff. *de origine juris*) que la population ayant considérablement augmenté à Rome, il devint difficile d'assembler la *plebs;* qu'en conséquence le sénat s'interposa, et qu'on se soumit à tout ce qu'il ordonnait : « *Quidquid constituisset observabatur.* »

On doit reconnaître, au surplus, qu'on a peu d'exemples de sénatus-consultes rendus sur le droit privé pendant la période républicaine.

§ 5. Constitutio principis est quod imperator decreto, vel edicto, vel epistola constituit ; nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat, quum ipse imperator per legem imperium accipiat.

§ 5. La constitution du prince est ce que l'empereur établit par un décret, par un édit, ou par lettre (*rescrit*). On n'a jamais douté que la volonté du prince n'obtînt force de loi, puisque l'empereur reçoit lui-même l'empire (*imperium*) par une loi.

Les *décrets*, les *édits* et les *lettres* des empereurs furent, sous l'empire, une autre source du droit. Les décrets étaient, les décisions rendues par le prince sur les difficultés qui lui étaient soumises (*Instit.* de Justinien, liv. I, tit. II, § 6, et liv. II, tit. XV, § 4). Les édits étaient les lois générales promulguées spontanément par l'empereur et pour l'avenir (*Instit.* de Justinien, liv. I, tit. II, § 6). Les lettres étaient les consultations données par l'empereur sur les questions de droit privé qui lui étaient adressées soit par de simples particuliers, soit par les consuls, les préteurs ou les administrateurs des provinces, à l'exemple des consultations que donnaient les jurisconsultes. Elles avaient force obligatoire (*Instit.* de Justinien, liv. I, tit. VIII, § 2; liv. II, tit. XI, § 1; Nov. 74, ch. 1 et 2; L. 6, ff. *de pecul. leg.*, et L. 17, ff. *de jure patron.*) même pour l'avenir, ainsi que l'enseigne M. Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, p. 101.

Faut-il entendre les mots de notre texte : *imperator per*

legem accipiat imperium, en ce sens que le pouvoir législatif soit passé tout entier dans les mains de l'empereur? C'est ce que semble dire Justinien au § 6 de ses *Institutes*, titre *de jure natur. gent. et civil.* : « *Quod principi placuit legis habet vigorem, cum lege Regia, quæ de ejus imperio lata est, populus ei et in eum omne imperium suum et potestatem concessit.* » Mais on a vu que, sous l'empire, la loi, le plébiscite et le sénatus-consulte étaient encore des sources du droit. Il faut donc expliquer notre paragraphe en disant que l'empereur, ayant reçu l'*imperium* comme autrefois les magistrats ayant le *jus edicendi*, pouvait poser des règles obligatoires, comme les dispositions d'une véritable loi.

§ 6. Jus autem edicendi habent magistratûs populi Romani; sed amplissimum jus est in edictis duorum prætorum, urbani et peregrini : quorum in provinciis jurisdictionem præsides earum habent; item in edictis ædilium curulium, quorum jurisdictionem in provinciis populi Romani quæstores habent, nam in provincias Cæsaris omnino quæstores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur.

§ 6. Les magistrats du peuple romain ont le droit de faire des édits; mais ce droit réside surtout dans les édits des deux préteurs, le préteur urbain et le préteur étranger (dont la juridiction appartient, dans les provinces, aux présidents); et dans les édits des édiles curules, dont la juridiction est exercée, dans les provinces du peuple romain, par des questeurs; car, dans les provinces de César, on n'envoie point de questeurs : c'est pour cela que l'édit n'est point proposé dans ces provinces.

Le *droit honoraire*, qui tirait son origine des édits des magistrats, fut une source abondante du droit privé. Les préteurs, *urbain* ou *pérégrin*, à Rome, les édiles curules, les présidents des provinces, établissaient, par forme de règlement général, les principes d'après lesquels la justice serait rendue dans le ressort de leur juridiction pendant la durée de leur magistrature. L'objet de ces édits était quelquefois d'assurer l'exécution de l'ancien droit, mais le plus souvent de corriger la rigueur du droit primitif. Ils suivaient les progrès de la civilisation et s'adaptaient aux besoins nouveaux.

Au surplus, les magistrats ne dérogeaient pas ouvertement à la loi; ils en tempéraient l'exécution au moyen de fictions habiles, à l'aide desquelles ils substituaient l'équité à la sévérité de l'ancien droit.

Le droit honoraire se forma peu à peu. Dans l'origine, les magistrats se bornèrent à poser, à leur entrée en charge, quelques maximes comme devant servir de base à leur conduite. Plus tard, ils en vinrent à établir un droit distinct. Jusqu'à l'année 687 de Rome, le magistrat qui avait rendu un *édit* pouvait y déroger par un autre qu'on appelait *repentinum;* mais la loi Cornelia voulut que les *édits* fussent *perpétuels*, c'est-à-dire qu'ils ne pussent être changés pendant toute la durée de la magistrature de leur auteur. Il arriva même que les successeurs se bornèrent souvent à reproduire l'édit de leurs prédécesseurs, avec ou sans changements.

Le préteur Salvius Julianus, qui vivait au temps d'Adrien, résuma en un seul *édit* tous les édits précédents. L'édit de Julien fut approuvé par le sénat, et l'on ne connaît aucune modification au droit prétorien qui soit postérieure à cette époque.

§ 7. Responsa prudentium sunt sententiæ et opiniones eorum quibus permissum est jura condere; quorum omnium si in unum sententiæ concurrant, id quod ita sentiunt legis vicem obtinet; si vero dissentiunt, judici licet, quam velit, sententiam sequi: idque rescripto divi Hadriani significatur.

§ 7. Les réponses des prudents sont les sentences et opinions de ceux auxquels il est permis de fonder le droit. Si tous leurs avis concourent et n'en font qu'un, cette décision unanime obtient force de loi; mais, si les avis diffèrent, il est permis au juge de faire un choix entre tous: cela ressort d'un rescrit du divin Adrien.

Dès que Rome eut des lois, les jurisconsultes les interprétèrent, et leur doctrine, adoptée et confirmée par l'usage, eut, sous la république, une autorité d'opinion que le magistrat consultait sans doute, mais qu'il n'était pas tenu de suivre. Auguste voulut qu'un nombre limité de *prudents* pût seul prononcer d'une manière officielle. Adrien alla plus loin: il ordonna que le juge fût tenu de suivre l'avis des jurisconsultes, s'il était unanime. Il est à croire que ce pouvoir

de fonder le droit, de dicter au juge la sentence qu'il devait rendre, n'appartint qu'à un comité consultatif désigné par le prince, et non à tout jurisconsulte qui émettait son opinion sur une question de droit qu'on lui soumettait.

N. B. — A côté des sources du droit dont nous venons de parler, et qui formaient ce que les Romains appelaient le droit *écrit*, il en existait d'autres qui constituaient le droit *non écrit*. Ce dernier droit était celui qui résultait de l'usage que le consentement tacite du législateur avait laissé s'établir (Justinien, *Inst.*, liv. I, tit. 2, § 9). Il se forma : 1° par la coutume proprement dite ; 2° par la jurisprudence ; 3° par la doctrine des jurisconsultes.

En principe, la coutume avait force de loi, dans le silence de la loi écrite. « *Quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis?* » porte la loi 32, § 1, ff. *de legibus*. — Un usage ancien devait faire loi. « *Jus moribus constitutum pro lege non immerito custoditur*, » dit la même loi.

La jurisprudence forma une espèce de coutume qui eut une grande influence sur le droit. On lit, en effet, dans la loi 38, ff. *de legibus* : « *Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicaturum auctoritatem, vim legis obtinere debere.* »

La doctrine des jurisconsultes eut toujours une grande autorité d'opinion. Les discussions, connues sous le nom de *disputationes fori*, auxquelles ils se livraient, eurent pour résultat de fixer entre eux plusieurs points importants. Leurs interprétations ont formé un droit non écrit adopté dans la pratique et suivi par le barreau. Il ne faut pas confondre, au surplus, cette source du droit avec celle dont nous avons parlé plus haut, et qui résultait de l'interprétation de certains jurisconsultes autorisés à résoudre des difficultés qui leur étaient soumises.—V. ff. *de legit. patron. tutela; de exheredat. liber.; de pupill. subst.; de inoff. testam.; de adquis. per adrog.*

De juris divisione.	*Division du droit.*
§ 8. Omne autem jus quo utimur, vel ad personas per-	§ 8. Tout le droit se rapporte aux personnes, aux

tinet, vel ad res, vel ad actiones. Sed prius videamus de personis.

choses ou aux actions; mais parlons d'abord des personnes.

De conditione hominum.

§ 9. Et quidem summa divisio de jure personarum hæc est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.

De la condition des personnes.

§ 9. La grande division du droit, quant aux personnes, est celle-ci : tous les hommes sont libres ou esclaves.

Les personnes sont des êtres capables de *droits* et de *devoirs*, soit dans la société, soit dans la famille.

Les personnes étaient *libres* ou *esclaves*. — Toutefois le Code nous présente une troisième classe d'hommes qui n'étaient ni libres, ni esclaves proprement dits : c'étaient les *coloni*, les *inquilini* et les *adscriptii*, destinés à la culture de certains fonds de terre, de telle sorte que ni eux ni leur postérité ne pouvaient cesser d'y être attachés. Il y avait entre eux et les esclaves soumis à une personne cette différence qu'ils étaient moins dépendants d'une personne que d'un fonds de terre, tellement que le maître de ce fonds ne pouvait l'aliéner sans les aliéner eux-mêmes. Ils avaient le *jus connubii*, comme les personnes libres. Mais, quoiqu'ils parussent de condition libre, ils étaient cependant esclaves du fonds de terre auquel ils étaient attachés, car ils ne pouvaient l'abandonner, et le propriétaire exerçait sur eux les droits d'un patron sur ses affranchis et d'un maître sur sa chose (Code, *de agric. et censit.;* et L. unique, au C., *de colon. Thrac.;* — L. 2, au C., *in quib. causis colon.*, et L. 1, C., *de colon. Illyric.*).

On conjecture que les *inquilini* étaient ceux qui, étant citoyens romains, se chargeaient de cultiver les terres des citoyens riches, tandis que les *coloni* étaient les barbares qui cultivaient les terres d'autrui (J. Godefroy, sur la dernière loi citée).

Certains de ces colons ne pouvaient acquérir qu'au profit de leurs maîtres et ne pouvaient rien aliéner (L. 2, Cod., *in quib. causis coloni*); d'autres pouvaient avoir des propriétés à leur disposition et ne dépendaient du propriétaire qu'en ce qu'ils devaient lui payer une redevance (Novelle 162, ch. 2).

On naissait esclave ou on le devenait (Justin., *Instit.*, *de jure person.*, § 4). — V. *infrà*, § 52.

§ 10. Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt; alii libertini.

§ 10. De plus, parmi les hommes libres, les uns sont *ingénus*, les autres sont *affranchis.*

Les personnes libres étaient *ingénues* ou *affranchies.*

§ 11. Ingenui sunt, qui liberi nati sunt; libertini sunt, qui ex justa servitute manumissi sunt.

§ 11. Sont ingénus, ceux qui sont nés libres; sont affranchis, ceux qui ont été libérés d'un esclavage légitime.

Etaient *ingénus* ceux qui étaient nés libres et n'avaient jamais cessé de l'être. Etaient affranchis ceux qui étaient libérés d'un esclavage légitime.

§ 12. Rursus libertinorum *tria sunt genera; nam aut cives Romani, aut Latini, aut dedititiorum* numero sunt : de quibus singulis dispiciamus, ac prius de dedititiis.

§ 12. Il y a trois espèces d'affranchis; car ils sont ou citoyens romains, ou Latins, ou déditices. Occupons-nous de chacun en particulier, et d'abord des déditices.

Sous la république, il n'y avait qu'une classe d'affranchis : ils étaient tous citoyens, mais d'une condition inférieure. A partir du règne d'Auguste, on en compta deux classes, celle des affranchis citoyens romains et celle des *déditices*. Tibère en introduisit une troisième : celle des Latins-Juniens.

De dedititiis vel lege Ælia Sentia.

Des déditices, ou de la loi Ælia Sentia
(portée l'an de Rome 757).

§ 13. Lege itaque Ælia Sentia cavetur, ut qui servi a dominis pœnæ nomine vincti sint, quibusve stigmata inscripta sint, deve quibus ob noxam quæstio tormentis habita sit et in ea noxa fuisse convicti sint, quique ut ferro aut cum bestiis depugnarent traditi sint, inve ludum custodiamve conjecti fuerint, et postea vel ab eodem domino,

§ 13. La loi Ælia Sentia dispose que les esclaves enchaînés par leurs maîtres pour punition de leurs délits, ou ceux qui portent la marque de quelque flétrissure, ou ceux qui, à cause d'un délit, ont subi la question et ont été reconnus coupables de ce délit, et ceux qui ont été livrés pour combattre contre les bêtes féroces, ou qui ont été

vel ab alio manumissi, ejusdem conditionis liberi fiant, cujus conditionis sunt peregrini dedititii.

jetés dans le cirque ou dans la prison, — et qui, par la suite, ont été affranchis par le même maître ou par un autre, —deviennent libres de la condition de ceux qui sont étrangers déditices.

De peregrinis dedititiis.

§ 14. Dedititii vocantur autem, qui quondam adversus populum Romanum armis susceptis pugnaverunt, et deinde victi se dediderunt.

§ 15. Hujus ergo turpitudinis servos quocunque modo et cujuscunque ætatis manumissos, etsi pleno jure dominorum fuerint, nunquam aut cives Romanos, aut Latinos fieri dicemus, sed omni modo dedititiorum numero constitui intelligemus.

Des étrangers déditices.

§ 14. On appelle *déditices* ceux qui, autrefois, ont pris les armes et combattu contre le peuple romain, et se sont rendus après la défaite.

§ 15. Des esclaves si honteusement flétris, de quelque manière qu'ils aient été affranchis, et quel que fût leur âge, alors même que leur maître les avait dans son domaine quiritaire, ne deviennent jamais ni citoyens romains, ni Latins, mais sont, en tous points, assimilés aux déditices.

Les affranchis *déditices* étaient ceux qui, avant leur affranchissement, avaient subi quelque flétrissure. — Ils étaient ainsi nommés parce qu'on les assimilait à ceux qui, étant étrangers, avaient combattu contre le peuple romain et s'étaient, après la défaite, rendus à discrétion (*qui victi se dediderunt*).

De tels affranchis ne pouvaient jamais devenir citoyens romains. Ils ne pouvaient recevoir par testament et acquérir que par les moyens permis aux étrangers. Il leur était défendu d'habiter dans Rome ou dans un rayon de cent milles autour de Rome. S'ils avaient enfreint cette défense, eux et leurs biens étaient vendus au profit du Trésor public, sous la condition qu'ils ne serviraient ni dans Rome, ni dans un rayon de cent milles autour de Rome, et qu'ils ne seraient jamais affranchis, à peine de devenir esclaves du peuple romain (*infrà*, §§ 25 et suiv.).

A leur mort, leur maître recevait leurs biens, soit à

titre de succession, soit à titre de pécule (Gaïus, 3, §§ 74 et suiv.).

Remarquons, au surplus, que la condition du déditice était personnelle et ne se transmettait pas à ses enfants, qui naissaient pérégrins (texte, § 68).

§ 16. Si vero in nulla tali turpitudine sit servus, manumissum, modo civem Romanum, modo Latinum, fieri dicemus.

§ 16. Mais l'esclave qui n'a subi aucune de ces flétrissures devient citoyen romain ou Latin par son affranchissement.

§ 17. Nam in cujus persona tria hæc concurrunt, ut major sit annorum triginta, et ex jure quiritium domini, et justa ac legitima manumissione liberetur, id est vindicta, aut censu, aut *testamento*, is civis Romanus fit : sin vero aliquid eorum deerit, Latinus erit.

§ 17. Pour qu'un tel esclave devienne citoyen, trois choses concourent : il faut qu'il soit majeur de 30 ans, que son maître l'ait dans son domaine quiritaire, et qu'il soit affranchi par une manumission juste et légitime, c'est-à-dire par la vindicte, par le cens, ou par testament : celui-là devient citoyen romain. Mais, s'il manque une seule de ces conditions, l'affranchi sera Latin.

Les esclaves qui n'avaient subi aucune des flétrissures prévues par la loi *Ælia Sentia* devenaient citoyens romains, si, à l'époque de leur affranchissement, ils étaient majeurs de 30 ans, si leur maître les avait dans son domaine quiritaire, et s'ils étaient libérés soit par la *vindicte*, soit par le *cens*, soit par *testament*. Les esclaves mineurs de 30 ans ne devenaient citoyens qu'au moyen de l'affranchissement par la vindicte, après que la cause de l'affranchissement avait été approuvée (§§ 18 et suiv.).

Les affranchis devenus citoyens formaient cependant une classe à part. — Ils ne pouvaient parvenir à certaines dignités et ne pouvaient s'allier aux sénateurs. Ils n'avaient point de famille civile et étaient soumis aux droits de patronage, dont nous aurons à parler plus loin (com. 3, §§ 40 et suiv., et 83).

Les affranchissements s'opéraient de plusieurs manières.— On reconnaissait des modes *publics* et des modes *privés* de manumission.

Les modes publics d'affranchissement étaient le *cens*, la *vindicte*, le *testament*, et, sous les empereurs chrétiens, la manumission dans les églises.

L'affranchissement par le cens avait lieu par l'inscription que faisait le censeur, sur les tables du cens, des esclaves que leurs maîtres voulaient libérer. Ce mode resta en usage jusqu'à l'empire (*Frag.* d'Ulpien, t. I, § 8).

L'affranchissement par la *vindicte* se faisait soit devant le consul, soit devant le préteur, soit devant les présidents des provinces. Il consistait en une représentation fictive de la *rei vindicatio;* c'est-à-dire qu'une personne revendiquait l'esclave comme libre, que le maître ne contestait pas, et que le magistrat prononçait l'affranchissement. Comme dans les revendications ordinaires, le demandeur tenait une baguette, *vindicta*, avec laquelle il touchait l'esclave, en signe de mainmise (ff. *de liberali causa*, *passim;* texte, c. 2, § 24).

On affranchissait par testament, soit directement, soit par fidéicommis. La manumission directe ne pouvait avoir lieu qu'au profit de l'esclave du testateur, tandis que celle qui se faisait par fidéicommis pouvait avoir pour objet l'esclave d'autrui. L'esclave affranchi par fidéicommis ne devenait libre qu'après que l'héritier l'avait acheté et affranchi, à la différence de l'esclave du testateur, qui était libre dès qu'il y avait un héritier (*Règl.* d'Ulpien, t. II, §§ 7, 10 et 22 ; L. 35, ff. *de manum. testam.;* — *Inst.* de Justin., *de singulis rebus*, § 2). Les droits de patronage appartenaient à la famille du maître de l'affranchi direct ; ils appartenaient à l'auteur chargé de l'affranchissement indirect (L. 1, § 7, C., *de latina libertate;* — Ulpien, *Règl.*, t. II, § 8). — Dans le principe, les testaments ne pouvaient être faits que devant les comices appelés à ratifier les volontés du testateur. C'est pourquoi l'affranchissement par ce moyen était rangé parmi les modes publics de manumission. Constantin voulut que les évêques, en présence du peuple, pussent constater l'affranchissement des esclaves que leurs maîtres voulaient libérer (L. 1, C., *de his qui in ecclesiis manumittuntur*).

Le cens n'ayant lieu que tous les cinq ans, et, plus tard, qu'à de très-longs intervalles, la *vindicte* et le testament étaient les modes les plus usités d'affranchissement. La manumission

dans les églises fut aussi fréquemment employée sous les empereurs chrétiens.

Les modes privés de manumission étaient très-nombreux. On affranchissait notamment *per epistolam*, lorsque le maître écrivait à son esclave qu'il le libérait. Justinien voulut que cinq témoins signassent la lettre d'affranchissement (L. 1, C., *de latina libertate*). — Les affranchissements se faisaient aussi *inter amicos*, qui, au nombre de cinq, durent attester, d'après Justinien, que le maître avait affranchi son esclave (*ibid.*, § 2). — Ils avaient encore lieu *per codicillum*. Justinien exigea que le codicille fût signé de cinq témoins (L. 8, C., § 3, *de codicillis*).

L'affranchissement pouvait résulter de certains faits, tels que le mariage d'une esclave à un homme libre, le maître y consentant et constituant une dot à cette esclave (C., *de latina libertate*, § 9); — l'appellation, dans un acte public, de *fils*, donnée par le maître à son esclave (*ibid.*, § 10); — la remise, en présence de cinq témoins, faite par le maître à l'esclave, des titres qui établissaient la servitude de ce dernier (*ibid.*, § 11); — l'autorisation, donnée par testament ou par l'héritier du testateur, de suivre le convoi du maître en portant le bonnet de la liberté, si la permission a été suivie d'effet (*ibid.*, § 5); — la prostitution d'une esclave par son maître, alors qu'il l'avait acquise sous condition contraire (*ibid.*, § 4).

De manumissione vel causæ probatione.

§ 18. Quod autem de ætate servi requiritur, lege Ælia Sentia introductum est; nam ea lex minores XXX annorum servos non aliter voluit manumissos cives Romanos fieri, quam si vindicta, apud consilium, justa causa manumissionis approbata, liberati fuerint.

§ 19. Justa autem causa manumissionis est, veluti si quis filium filiamve, aut fra-

Des affranchissements et de l'approbation des motifs.

§ 18. Ce qui est exigé relativement à l'âge des esclaves a été introduit par la loi Ælia Sentia; car cette loi a voulu que les affranchis mineurs de 30 ans ne devinssent citoyens romains que s'ils étaient affranchis par la vindicte, la cause de l'affranchissement étant approuvée par un conseil.

§ 19. Les justes motifs de manumission sont ceux-ci : si quelqu'un affranchit son

trem sororemve naturalem, aut alumnum, aut pædagogum, aut servum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii causa, apud consilium manumittat.

fils ou sa fille, son frère ou sa sœur naturels, ou son élève, ou son précepteur, ou son esclave pour en faire son procureur, ou son esclave pour l'épouser.

De recuperatoribus.

§ 20. Consilium autem adhibetur in urbe Roma quidem quinque senatorum et quinque equitum Romanorum puberum; in provinciis autem viginti recuperatorum civium Romanorum; idque fit ultimo die conventus: sed Romæ certis diebus apud consilium manumittuntur. Majores vero triginta annorum servi semper manumitti solent, adeo ut vel in transitu manumittantur, veluti quum prætor aut proconsul in balneum vel in theatrum eat.

Des récupérateurs.

§ 20. Le conseil se compose, à Rome, de cinq sénateurs et de cinq chevaliers, pubères et citoyens romains. Dans les provinces, il se compose de vingt récupérateurs, citoyens romains, qui procèdent aux affranchissements le dernier jour de l'assemblée. A Rome, on affranchit auprès du conseil, à certains jours désignés. Mais les esclaves majeurs de 30 ans peuvent toujours être affranchis, même au passage : comme, par exemple, lorsque le préteur ou le proconsul se rendent au bain ou au théâtre.

Par qui était nommé le conseil? On ne le sait pas positivement, mais il est à croire que ses membres étaient désignés par le proconsul ou par le préteur (Laboulaye, *Table de Malaga*, p. 24, note 36.—V., toutefois, M. Demangeat, t. 1, p. 209).

§ 21. Præterea minor triginta annorum servus manumissione potest civis Romanus fieri, si ab eo domino qui solvendo non erat, testamento liber et hæres relictus sit, si... (*Hic decem lineæ legi non potuerunt.* Conf. Theoph., I. 5, 3 in fine.)

§ 21. En outre, l'esclave mineur de 30 ans peut devenir citoyen romain par l'affranchissement, s'il est déclaré libre et héritier par testament de son maître insolvable, pourvu que personne autre ne soit héritier en vertu du même testament... (*La fin du paragraphe est illisible dans le manuscrit de Gaïus.*)

Ce point est développé sous les §§ 186 et suiv. du 2e commentaire.

§ 22..... manumissi sunt, Latini Juniani dicuntur; Latini ideo, *nam* adsimilati *sunt Latinis coloniariis; Juniani* ideo *vero*, quia per legem Juniam libertatem *acceperunt, quum* olim servi viderentur esse.

§ 22. Ceux qui sont ainsi affranchis sont appelés *Latins-Juniens : Latins*, parce qu'ils sont assimilés aux Latins des colonies; *Juniens*, parce qu'ils reçoivent la liberté en vertu de la loi Junia (an de Rome 772), au lieu qu'avant cette loi ils paraissaient rester esclaves.

Quand un esclave n'avait subi aucune des flétrissures prévues par la loi *Ælia Sentia*, s'il était affranchi avant l'âge de 30 ans et que la cause de son affranchissement n'eût pas été approuvée par le conseil des récupérateurs, il devenait affranchi *Latin-Junien*. Il en était de même, quoique ces deux conditions fussent remplies, s'il était affranchi par un maître qui n'avait pas sur lui le domaine quiritaire, et autrement que par la *vindicte*, le *cens* ou le *testament*. — On le disait *Latin*, parce qu'il était assimilé aux Latins des colonies, et *Junien*, parce qu'il recevait la liberté en vertu de la loi Junia.

Quelle était la situation des Latins des colonies? — Rappelons d'abord que ces colons latins étaient ceux qui, envoyés de Rome dans les pays conquis, avaient perdu leur qualité de citoyens (texte, § 131, et Cicéron, *pro Cœcina*, 33). — Ces Latins n'avaient pas le *jus connubii* (texte, § 57; — Ulpien, *Frag.* v, § 4). — Ils n'avaient pas non plus le droit de suffrage, et ne pouvaient exercer les fonctions publiques, car ils avaient perdu la qualité de citoyens (texte, § 131, *in fine;* — Cicéron, *pro Cœcina*, 33). Ils avaient, au surplus, le *jus commercii* (Ulpien, *Frag.* XIX, § 4), partant capacité de recevoir et de donner par testament, soit entre eux, soit entre eux et citoyens romains (Giraud, *Hist. du dr. romain*, t. I, p. 98).

Les affranchis Latins-Juniens n'avaient pas des avantages aussi étendus que les *Latins colons* (texte, § 23).

Il faut se garder de confondre les Latins des colonies avec les peuples du Latium proprement dits, qu'on appelle *Latini veteres*, et dont les droits étaient plus étendus. Ainsi, outre le *jus commercii*, ils avaient le droit de suffrage (Tite-Live, XXV, 3) et le *connubium* (*eod.* I, 49). — Nous pensons avec M. Demangeat, p. 160, que le paragraphe 57, où Gaïus

dit que l'empereur accordait quelquefois le *jus connubii* aux vétérans avec des Latines ou des pérégrines, ce qui implique qu'en principe ce droit n'existait pas, doit s'entendre des Latins colons ou des Latins-Juniens, et non des *Latini veteres*.

§ 23. Non tamen illis permittit lex Junia, nec ipsis testamentum facere, nec ex testamento alieno capere, nec tutores testamento dari.

§ 23. La loi Junia ne leur a cependant permis ni de faire un testament, ni de recevoir des biens ni des tuteurs par testament.

§ 24. Quod autem diximus, ex testamento eos capere *non* posse, ita intelligendum *est, ut nihil* directo hæreditatis legatorumve nomine eos posse capere dicamus; alioquin per fideicommissum capere possunt.

§ 24. Mais, quand nous disons qu'ils ne peuvent recevoir par testament, cela veut dire qu'ils ne peuvent rien recevoir directement, et en leur nom, comme hérédité ou comme legs; autrement ils peuvent recevoir au moyen des fidéicommis.

Toutefois ils pouvaient être institués héritiers et acquérir l'hérédité qui leur était déférée, si, dans un délai de cent jours, ils remplissaient les conditions exigées d'eux pour qu'ils devinssent citoyens romains (Ulp., *Reg.*, tit. XXII, § 3); et ils étaient aptes à recueillir des fidéicommis (texte, § 24, et c. 2, § 275), et aussi une hérédité ou un legs dans un testament militaire (*eod.*, § 110). Au surplus, toute acquisition faite par eux revenait, à leur mort, à leur ancien maître (texte, 3, § 56). — Les Latins des colonies avaient, au contraire, le *jus commercii*, et, par conséquent, capacité de tester et de recevoir par testament entre eux et les citoyens romains (Giraud, *Hist. du droit romain*, t. I, p. 98).

§ 25. Hi vero, qui dedititiorum numero sunt, nullo modo *ex testamento* capere possunt, non magis quam qui liber peregrinusque est; nec ipsi testamentum facere possunt secundum *quod plerisque placuit.*

§ 25. Quant aux affranchis déditices, ils ne peuvent d'aucune manière recevoir par testament, pas plus que celui qui est libre et étranger; et, d'après l'avis du plus grand nombre des auteurs, eux-mêmes ne peuvent tester.

L'étranger, *peregrinus*, était toute personne libre n'ayant pas la qualité de citoyen romain et, par suite, la participation au droit civil, et qui cependant était comptée au nombre des sujets de Rome et vivait sous la domination romaine. Au commencement du VI[e] siècle de Rome, quand le nombre des pérégrins se fut élevé dans une proportion considérable, on créa, pour leur rendre la justice, dans leurs contestations entre eux et dans celles qu'ils avaient avec les citoyens romains, un *prætor peregrinus* qui appliquait à leurs différends, non les principes du droil civil, mais les règles du droit des gens (*V*. com. 4, § 1, note).

Il ne faut pas confondre le *peregrinus* avec l'*hostis* ou ennemi que Rome n'avait pas encore soumis, qui était hors de sa domination, non plus qu'avec le *barbare*, qui était en dehors de la civilisation (Cicéron, *de offic.*, n° 12).

§ 26. Pessima itaque libertas eorum est, qui dedititiorum numero sunt : nec nulla lege, aut senatusconsulto, aut constitutione principali, aditus illis ad civitatem Romanam datur.

§ 26. Aussi la pire des libertés est celle dont jouissent les affranchis déditices. Aucune loi, ou sénatus-consulte, ou constitution impériale, ne leur permet de devenir citoyens romains.

§ 27. Quin et in urbe Roma vel intra centesimum urbis Romæ milliarium morari prohibentur; et *si contra fecerint*, ipsi bonaque eorum publice venire jubentur, ea conditione, ut ne in urbe Roma vel intra centesimum urbis Romæ milliarium serviant, *neve unquam manumittantur; ac* si *manumissi fuerint*, servi populi Romani esse jubentur. Et hæc ita lege Ælia Sentia comprehensa sunt.

§ 27. Bien plus, il leur est défendu d'habiter dans Rome, ou dans un rayon de cent milles autour de Rome; et s'ils ont enfreint cette défense, eux et leurs biens sont vendus au profit du Trésor public, sous la condition qu'ils ne serviront ni dans Rome ni dans un rayon de cent milles autour de Rome, et qu'ils ne seront jamais affranchis; et s'ils sont affranchis, ils deviennent esclaves du peuple romain. Ainsi l'a décidé la loi Ælia Sentia.

V. nos explications sous le § 15.

Quibus modis Latini ad civitatem Romanam perveniant.

§ 28. Latini multis modis ad civitatem Romanam perveniunt.

§ 29. *Statim* enim ea lege Ælia Sentia cautum est, ut minores triginta annorum manumissi *et* Latini facti, si uxores duxerint vel cives Romanas, vel Latinas coloniarias, *vel* ejusdem conditionis cujus et ipsi essent, idque testati fuerint adhibitis non minus quam septem testibus civibus Romanis puberibus, et filium procreaverint, *et* is filius anniculus *fuerit*, *permittatur eis*, *si velint*, per eam legem adire prætorem vel in provinciis præsidem provinciæ, et approbare, se ex lege Ælia Sentia *liberorum causa* uxorem duxisse, et ex ea filium anniculum habere : et si is, apud quem causa probata est, id ita esse pronuntiaverit, tunc et ipse Latinus et uxor ejus, si et ipsa ejusdem conditionis sit *et filius eorum*, *si et ipse ejusdem conditionis sit,* cives Romani esse jubentur.

Manières de rendre citoyens romains les Latins-Juniens.

§ 28. Les Latins obtiennent le droit de cité romaine de plusieurs manières.

§ 29. La loi Ælia Sentia a décidé, tout d'abord, que les mineurs de 30 ans, affranchis et devenus Latins, — s'ils ont épousé des citoyennes romaines, ou des Latines des colonies, ou des femmes de la même condition que la leur; s'ils ont déclaré solennellement ce fait en présence de sept témoins au moins, citoyens romains et pubères, et s'ils ont procréé un fils qui est âgé d'une année, — peuvent, s'ils le veulent, en vertu de cette loi, aller trouver le préteur ou le président, dans les provinces, et justifier qu'ils ont pris, suivant la loi Ælia Sentia, une femme pour en avoir des enfants, et qu'en effet ils ont de cette femme un enfant d'une année : et si celui devant qui cette justification a été faite a décidé qu'il en est ainsi, le Latin lui-même et son épouse, si elle était Latine, et leur fils, s'il est de la même condition qu'eux, sont reconnus dès lors citoyens romains.

Aux termes de ce paragraphe, il suffisait à un Latin d'avoir contracté mariage avec une citoyenne romaine ou avec une Latine, dans une certaine forme, et d'avoir eu un fils *anniculus*, pour qu'il fût fondé à réclamer pour lui, pour sa femme et pour son fils, s'ils étaient de la même condition que lui,

la qualité de citoyen. On verra au § 67 qu'une condition plus rigoureuse était exigée du citoyen romain qui, ayant épousé une Latine, voulait obtenir pour elle et son enfant la qualité de citoyen : il devait prouver, en effet, qu'il avait contracté ce mariage par erreur, croyant que celle qu'il épousait était citoyenne romaine. Il est vrai que la même faveur lui était accordée, au cas où, par erreur, il avait épousé une pérégrine et même une *déditice*, si ce n'est que cette dernière ne pouvait devenir citoyenne. Pourquoi cette différence entre le Latin et le citoyen romain? Elle vient sans doute de ce que c'est en faveur du mariage seulement qu'on accordait ces facilités à acquérir la qualité de citoyen. Or, le Latin qui prenait pour femme, avec les solennités indiquées dans notre paragraphe, une citoyenne romaine ou une Latine, contractait un mariage valable, qui entraînait naturellement certaines faveurs, tandis que le mariage contracté entre un Romain et une Latine ou une pérégrine n'était pas valable, et ne méritait faveur qu'en raison de la bonne foi des parties. Ce qui confirme cette manière de voir, c'est que, d'après les §§ 69 et suiv. de notre texte, quand un Latin épousait une pérégrine la croyant Latine, ou lorsqu'une Latine épousait un pérégrin le croyant Latin, il y avait obligation de prouver l'erreur pour acquérir la qualité de citoyen.

§ 30. Ideo autem in ipso *filio* adjicimus : si et ipse ejusdem conditionis sit, quia si uxor Latini civis Romana *est*, qui ex ea nascitur, ex novo senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est, civis Romanus nascitur.

§ 30. Nous ajoutons, à l'occasion du fils : « S'il est lui-même de pareille condition, » parce que, si l'épouse d'un Latin est citoyenne romaine, celui qui naît d'elle naît citoyen romain, en vertu d'un nouveau sénatus-consulte porté sous le règne d'Adrien.

§ 31. Hoc tamen jus adipiscendæ civitatis Romanæ, etiamsi soli minores triginta annorum manumissi et Latini facti ex lege Ælia Sentia habuerint, tamen postea senatusconsulto, quod Pegaso et Pusione consulibus factum

§ 31. Cependant ce droit d'acquérir la cité romaine, bien qu'il n'ait été accordé par la loi Ælia Sentia qu'aux mineurs de 30 ans, affranchis et devenus Latins, fut, par la suite, et par un sénatus-consulte porté sous le consulat de

est, etiam majoribus triginta annorum manumissis, Latinis factis, concessum est.

Pégase et Pusion (an de Rome 823), consacré même au profit des majeurs de 30 ans, affranchis et devenus Latins.

Remarquons, au surplus, que l'affranchi latin qui acquérait la qualité de citoyen et la procurait à son fils en usant du bénéfice de la loi Ælia Sentia ou du S.-C. dont il est parlé au § 31, n'avait pas, par cela même, la puissance paternelle sur son fils né d'une Latine : il ne l'obtenait qu'autant qu'il prouvait qu'il avait épousé sa femme la croyant Romaine (§ 66). — M. Ortolan, *Inst. expl.*, t. II, p. 102, note 4, et M. Demangeat, t. I, p. 195, enseignent, toutefois, que la puissance paternelle était acquise au Latin par cela seul qu'il justifiait d'un mariage contracté dans les termes de la loi Ælia Sentia, sans qu'il fût tenu de justifier de son *erreur*.

§ 32. Cæterum, etiamsi *ante decesserit* Latinus, *quam* anniculi *filii* causam probarit, potest mater ejus causam probare, et sic et ipsa fiet civis Romana, *et ipse filius*... (*Hic quindecim lineæ legi non potuerunt*. Conf. Ulpian., *Frag.* III, §§ 6 et 7).
............Jus quiritium fuerit consecutus.

§ 32. Du reste, alors même que le Latin décéderait avant d'avoir prouvé le fait qu'il a un fils d'une année, la mère pourrait le prouver, et, par ce moyen, devenir citoyenne romaine ainsi que son fils... (*Plusieurs lignes sont illisibles; 2 paragraphes manquent*).

A ce que dit Gaïus il faut ajouter, d'après Ulpien (*Règ.*, tit. III), qu'un Latin pouvait devenir citoyen soit par le bienfait du prince, si celui-ci lui accordait cette faveur par un rescrit ; soit par une manumission subséquente faite avec les conditions qui manquaient à son premier affranchissement ; soit par un service militaire de six ans, d'après la loi Visellia, et de trois ans, d'après un sénatus-consulte ; soit par la construction d'un navire, d'après un édit de Claude; soit par le transport, pendant six ans, de blé dans la ville de Rome, d'après le même édit; soit par la construction d'un édifice ; soit par l'établissement d'une boulangerie. — Le même jurisconsulte rapporte aussi qu'aux termes d'un sénatus-consulte, la femme

latine qui avait enfanté trois fois hors mariage devenait citoyenne.

On verra aussi, aux §§ 69 à 72 de notre texte, que la qualité de citoyen romain pouvait être acquise dans quelques autres hypothèses.

Enfin, aux termes du § 96, un *Latin* qui exerçait une magistrature obtenait le droit de cité.

§ 35. *Sed si quis alicujus et* in bonis et ex jure quiritium sit, manumissus ab eodem scilicet, et Latinus fieri *potest et* jus quiritium consequi.

§ 35. Mais, si un esclave qui est en même temps dans les biens et dans le domaine quiritaire du même maître, est affranchi par lui, il peut devenir Latin et obtenir le droit des quirites.

§ 36. *Non tamen cuicumque volenti manumittere licet.*

§ 36. Il n'est cependant pas permis à qui le veut d'affranchir.

§ 37. *Nam is*, *qui* in fraudem creditorum vel in fraudem patroni manumittit, nihil agit, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem.

§ 37. Car celui qui affranchit en fraude de ses créanciers ou de son patron fait une chose nulle, parce que, dans ce cas, la loi Ælia Sentia empêche la liberté.

Il y avait affranchissement en fraude des créanciers ou du patron toutes les fois que le maître faisait sortir de son patrimoine un ou plusieurs de ses esclaves, n'ayant pas de biens suffisants pour payer ses dettes, et qu'il n'ignorait pas cet état de choses, et aussi lorsque le débiteur d'un esclave l'affranchissait afin de ne pas le livrer à son créancier, ou même lorsque cet esclave n'était affecté au créancier qu'à titre de gage (LL. 5, 10, 23 et 27, ff. *qui et a quibus manumissi;* Just., *Inst.*, liv. I, tit. VI, § 3). Il est vrai que, d'après Gaïus, la loi Ælia Sentia n'exigeait qu'un préjudice causé aux créanciers sans mauvaise intention (L. 10, ff. *qui et a quibus*); mais cette interprétation n'avait pas prévalu (*V.*, sous le § 38 du C. 4, ce que nous disons de l'action Paulienne).

Un tel affranchi ne devenait pas libre, c'est-à-dire que les créanciers pouvaient attaquer l'affranchissement comme fait en fraude de leurs droits et contrairement aux dispositions de la

loi Ælia Sentia (L. 5 pr., L. 11 pr. et L. 26, *eod.*). — La loi accordait au patron la même protection qu'aux créanciers. La même loi validait l'affranchissement que le maître faisait d'un de ses esclaves, nonobstant son insolvabilité, lorsqu'il le faisait en même temps son héritier *unique et nécessaire*, c'est-à-dire obligé (*V.* com. 2, §§ 153 et 188), si d'ailleurs il ne laissait pas d'autre héritier. La raison de cette exception se tire de ce que la cause de l'affranchissement n'était pas, dans ce cas, considérée comme frauduleuse, et aussi de ce que l'esclave ainsi affranchi, devenant héritier malgré lui, évitait à son maître la honte de n'avoir pas de représentant de sa personne après sa mort (*Instit.*, liv. I, tit. VI, § 1).

§ 38. Item eadem lege minori XX annorum domino non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta apud consilium justa causa manumissionis approbata fuerit.

§ 38. De même, la même loi défend au maître mineur de 20 ans d'affranchir autrement que par la vindicte, et lorsque les motifs de manumission ont été approuvés par un conseil.

On a vu, au § 20, comment était composé le conseil.

§ 39. Justæ autem causæ manumissionis sunt, veluti si quis patrem, aut matrem, aut pædagogum, aut collactaneum manumittat; sed et illæ causæ, quas superius in servo minore XXX annorum exposuimus, ad hunc quoque casum, de quo loquimur, adferri possunt; item ex diverso hæ causæ, quas in minore XX annorum domino retulimus, porrigi possunt et ad servum minorem XXX annorum.

§ 39. Il y a causes légitimes d'affranchissement, lorsque quelqu'un affranchit son père ou sa mère, son précepteur ou son frère de lait; mais les causes que nous avons exposées plus haut, relativement à l'esclave mineur de 30 ans, peuvent être appliquées à ce dernier cas dont nous parlons; de même, à l'inverse, les causes que nous avons rapportées au sujet du maître mineur de 20 ans peuvent être étendues à l'esclave mineur de 30 ans.

D'après le § 19 ci-dessus, il y avait également cause légitime d'affranchissement lorsqu'on voulait affranchir son esclave pour en faire son procureur ou pour l'épouser. Dans ce dernier cas, l'affranchissement était soumis à la condition que le ma-

riage s'accomplirait, à moins qu'il ne fût empêché par une cause légitime, telle que la mort de l'affranchissant (Justinien, *Inst.*, *qui quib. ex causis*, § 5).

§ 40. Quum ergo certus modus manumittendi minoribus XX annorum dominis per legem Æliam Sentiam constitutus sit, evenit, ut qui XIV annos ætatis expleverit, licet testamentum facere possit, et in eo hæredem sibi instituere legataque relinquere possit, tamen, si adhuc minor sit annorum XX, libertatem servo dare non possit.

§ 40. De ce qu'un mode particulier d'affranchissement est établi pour les maîtres mineurs de 20 ans par la loi Ælia Sentia, il arrive que celui qui a atteint et accompli sa quatorzième année, bien qu'il puisse faire un testament, instituer un héritier et laisser des legs, ne peut cependant pas, s'il est mineur de 20 ans, accorder par testament la liberté à un seul esclave.

Justinien modifia cet état de choses et permit au maître mineur ayant accompli sa dix-septième année l'affranchissement par testament, comme à tout autre (*Instit.*, *qui quib. ex causis*, § 7).—Dans la Novelle 119, c. 2, il alla plus loin et permit l'affranchissement au mineur, dès qu'il fût apte à tester, c'est-à-dire dès qu'il eût accompli sa quatorzième année.

§ 41. Et quamvis Latinum facere velit minor XX annorum dominus, tamen nihilominus debet apud consilium causam probare, et ita postea inter amicos manumittere.

§ 41. Alors même que le maître mineur de 20 ans n'a l'intention d'affranchir un esclave que pour le rendre Latin, il doit néanmoins prouver devant le conseil qu'il a un motif légitime, et ensuite affranchir en présence de ses amis.

§ 42. Præterea lege Furia Caninia certus modus constitutus est in servis testamento manumittendis.

§ 42. En outre, la loi Furia Caninia (an de Rome 761) a établi une certaine mesure dans le nombre des esclaves qu'on affranchit par testament.

§ 43. Nam ei qui plures quam duos, neque plures quam decem servos habebit, usque ad partem dimidiam

§ 43. Car à celui qui aura plus de deux et n'aura pas plus de dix esclaves, il est permis d'en affranchir jusqu'à la moi-

ejus numeri manumittere permittitur; ei vero, qui plures quam X, neque plures quam XXX servos habebit, usque ad tertiam partem ejus numeri manumittere permittitur; at ei qui plures quam XXX, neque plures quam centum habebit, usque ad partem quartam. . . . *manumittere*. . . . . datur : novissime ei, qui plures quam C habebit, nec plures quam D, am*plius non* permittitur, quam ut quintam partem, neque plures. . . . . atur; sed præscribit lex, ne cui plures manumittere liceat quam C; *igitur* si quis unum servum omnino aut duo habet. . . . . *hac lege nihil cautum est*, ... et ideo liberam habet potestatem manumittendi.

tié; quant à celui qui aura plus de dix esclaves et pas plus de trente, il lui est permis d'en affranchir jusqu'au tiers; mais celui qui en a plus de trente et pas plus de cent peut affranchir jusqu'au quart; en dernier lieu, à celui qui en a plus de cent et pas plus de cinq cents, il n'est pas permis d'en affranchir plus du cinquième; mais cette loi ordonne qu'il ne soit jamais permis d'affranchir plus de cent esclaves..... (*Il y a une lacune.*) Donc, si quelqu'un n'a qu'un ou deux esclaves, la loi ne s'applique pas, et laisse au maître tout pouvoir d'affranchir.

§ 44. Ac nec ad eos etiam omnino hæc lex pertinet, qui sine testamento manumittunt; itaque licet iis, qui vindicta, aut censu, aut inter amicos manumittunt, totam familiam suam liberare : scilicet si alia causa non impediat libertatem.

§ 44. Cette loi ne s'applique point à ceux qui affranchissent autrement que par testament; c'est pourquoi il est permis à ceux qui affranchissent par la vindicte, par le cens, ou entre amis, de libérer tous leurs esclaves, pourvu qu'aucune autre cause ne fasse obstacle à l'affranchissement.

Dans les cas prévus par le § 44, l'intérêt du maître était une garantie dans la limite des affranchissements, garantie qui n'existait pas quant aux libérations testamentaires.

§ 45. Sed quod de numero servorum testamento manumittendorum diximus, ita intelligemus, *ut ex eo* numero,

§ 45. Ce que nous avons dit du nombre d'esclaves qu'on peut affranchir par testament s'entend ainsi : sur le nombre

ex quo dimidia, aut tertia, aut quarta, aut quinta pars liberari *potest, utique tot manumittere* liceat, quot ex antecedenti numero licuit ; et hoc ipsa *lege* provisum est ; erat enim sane absurdum, ut X servorum domino quinque liberare liceret, quia usque ad dimidiam partem *ex eo* numero manumittere ei conceditur. . . . . *quum* XII servos habenti non plures liceret manumittere quam IV. At eis, qui plures quam X, neque. . . . *(Tres lineæ legi non potuerunt.)*

dont la moitié, le tiers, le quart, le cinquième peut être affranchi, il est toujours permis d'en libérer autant qu'il était possible d'en affranchir dans le nombre précédent, et cela est réglé par la loi elle-même ; car il était absurde que le maître de dix esclaves pût en affranchir cinq, parce qu'il lui est permis d'en affranchir jusqu'à la moitié de ce nombre, et qu'au contraire le maître de douze esclaves n'en pût affranchir que quatre (un tiers)... (*Plusieurs lignes sont illisibles.*)

§ 46. Nam et si testamento scriptis in orbem servis libertas data sit, quia nullus ordo manumissionis invenitur, nulli liberi erunt ; quia lex Furia Caninia quæ in fraudem ejus facta sint rescindit ; sunt etiam specialia senatusconsulta, quibus rescisa sunt ea quæ in fraudem ejus legis excogitata sunt.

§ 46. Si la liberté est donnée par testament à plusieurs esclaves dont le nom est écrit en cercle, aucun ne sera libre, parce qu'aucun ordre d'affranchissement ne se trouve indiqué, et parce que la loi Furia Caninia annule ce qui est fait pour l'éluder. Il y a aussi des sénatus-consultes spéciaux qui rescindent ce qui est fait en fraude de cette loi.

La loi Furia Caninia fut abrogée par Justinien (*Instit.*, *de lege Furia Caninia tollenda*).

§ 47. In summa sciendum est, *quod* lege Ælia Sentia cautum sit, *ut qui* creditorum fraudandorum causa manumissi sint, liberi non fiant, hoc etiam ad peregrinos pertinere ; senatus ita censuit ex auctoritate Hadriani ; cætera vero jura ejus legis ad peregrinos non pertinere.

§ 47. En somme, il faut savoir que la loi Ælia Sentia a voulu qu'on appliquât aux étrangers la disposition qui ne permet pas aux esclaves affranchis en fraude des créanciers de devenir libres ; le sénat l'a décidé ainsi, d'après l'avis d'Adrien ; les autres chefs de cette loi ne s'appliquent pas aux étrangers.

La loi Ælia Sentia n'obligeait pas les *pérégrins*. Ainsi, ils pouvaient affranchir leurs esclaves sans être soumis aux restrictions que nous venons d'étudier. Toutefois, d'après notre texte, on appliqua aux étrangers la disposition de cette loi qui interdisait l'affranchissement *in fraudem creditorum*.

§ 48. Sequitur de jure personarum alia divisio; nam quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri sunt subjectæ.

§ 48. Nous arrivons à une autre division des personnes; car quelques-unes sont *sui juris*, ou ne dépendent de personne; d'autres sont *alieni juris*, ou soumises au droit d'autrui.

§ 49. Sed rursus earum personarum, quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ in potestate, aliæ in manu, aliæ in mancipio sunt.

§ 49. De plus, parmi les personnes soumises au pouvoir d'autrui, les unes sont en puissance, les autres sous la main, les autres sous le *mancipium*.

§ 50. Videamus nunc de iis, quæ alieno juri subjectæ sint: *nam* si cognoverimus quæ istæ personæ sint, simul intelligemus quæ sui juris sint.

§ 50. Occupons-nous des personnes qui sont soumises au droit d'autrui; car, quand nous les connaîtrons, nous comprendrons aussitôt quelles sont les personnes *sui juris*.

§ 51. Ac prius dispiciamus de iis qui in aliena potestate sunt.

§ 51. Occupons-nous premièrement des personnes qui sont sous la puissance d'autrui.

§ 52. In potestate itaque sunt servi dominorum. Quæ quidem potestas juris gentium est, nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ necisque potestatem esse, et quodcunque per servum acquiritur, id domino acquiritur.

§ 52. Les esclaves sont sous la puissance de leurs maîtres. La puissance dominicale est du droit des gens, car nous pouvons remarquer que, chez presque toutes les nations, les maîtres ont sur leurs esclaves droit de vie et de mort, et que tout ce qui est acquis par un esclave est acquis à son maître.

Dans l'ancien droit, le maître avait sur ses esclaves le droit de vie et de mort, et tout ce que les esclaves acquéraient

appartenait à leurs maîtres. — Sous Auguste, l'an XI de J.-C., la loi Petronia enleva aux maîtres le droit de contraindre leurs esclaves à combattre contre les bêtes (L. 11, § 2, ff. *ad legem Corneliam*).—Une constitution d'Adrien leur défendit de sévir outre mesure contre leurs esclaves, et d'après une autre constitution d'Antonin le Pieux, de l'an 914 de Rome, le maître qui aurait tué son esclave devait être puni comme s'il avait tué l'esclave d'autrui, c'est-à-dire de mort ou de la déportation (texte, 53, et Justin., *Instit.*, tit. VIII, § 2).— Il y avait cependant pour le maître certains cas d'excuse légitime, par exemple celui où l'esclave avait été surpris en adultère avec la femme ou la fille de son maître, et celui de légitime défense (LL. 20 et 24, ff. *ad legem Corneliam ;* Théophile, sur le § 2 des *Instit.*, tit. VIII, liv. I).

On vint aussi au secours des esclaves en ce qui concerne les mauvais traitements de leurs maîtres, en leur permettant de se pourvoir auprès du magistrat, qui obligeait le maître à les vendre (texte, 53, et *Instit.* de Justinien, *loc. cit.*).—Le droit de correction modérée fut néanmoins maintenu au profit des maîtres (*de emendatione servorum*, au Code).

En droit, le maître resta toujours propriétaire des biens acquis par ses esclaves ; mais, en fait, sous les empereurs, l'esclave en jouissait et le maître ne pouvait pas les leur enlever arbitrairement (Code de Théodose, liv. IV, tit. VIII, constit. 3). — *V.* com. 2, §§ 86 et suiv.

On naissait esclave ou on le devenait par un événement postérieur à la naissance (Justinien, *Instit.*, *de jure person.*, § 4).

En principe, tout enfant né d'une mère esclave était esclave (Just., *Instit., de ing.*, § 4, et *infrà*, § 82).

Jusqu'au temps d'Adrien, l'enfant qu'une *civis romana* avait d'un esclave avec lequel elle avait vécu du consentement de son maître naissait esclave; mais cet empereur décida qu'un tel enfant naîtrait libre (texte, § 84). — Si l'enfant était né du commerce d'une *pérégrine* avec un esclave, il naissait esclave, même après la décision d'Adrien (*eod.*, § 86).

Une personne libre tombait en esclavage dans les cas suivants :

1° Lorsqu'elle était faite prisonnière à la guerre : son état

durait tant que sa captivité se prolongeait. En cas de retour dans sa patrie, elle recouvrait sa liberté *jure postliminii* (L. 5, § 2, ff. *de captiv. et postlim.*) ;

2° Lorsqu'une personne, majeure de vingt ans, s'était laissée vendre en qualité d'esclave et avait partagé le prix de la vente, pourvu, d'une part, que la personne ainsi vendue sût qu'elle était libre et participât à la fraude, et qu'à l'inverse, l'acheteur crût acheter un esclave (Just., *Instit.*, *de jure person.*, § 4 ; L. 33, ff. *de liber. causâ*) ;

3° Lorsqu'un citoyen romain ne se faisait pas inscrire sur les tables du cens (Cicéron, *pro Cœcinâ*, 34) ;

4° Quand un citoyen ne se rendait pas à l'appel pour le service militaire (*eod.*) ;

5° Dans le cas d'*addictio* prononcée contre un débiteur (texte, c. 4, sous le § 21) ;

6° En cas d'ingratitude d'un affranchi envers son patron (L. 2, au Code, *de libert.*, et L. 6, § 1, ff. *de agnosc. et al. liber.*) ;

7° Lorsqu'une femme libre avait commerce avec un esclave, malgré la défense de son maître (Paul, *Sentenc.*, *de mulier. quæ se servis...*). — Ce cas fut supprimé par Justinien (L. 1, au C., *de senat. Claud. tollendo*).

§ 53. Sed hoc tempore neque civibus Romanis nec ullis aliis hominibus qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos sævire. Nam ex constitutione sacratissimi imperatoris Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri jubetur quam qui alienum servum occiderit. Sed et major quoque asperitas dominorum per ejusdem principis constitutionem coercetur, nam consultus a quibusdam præsidibus provinciarum de his servis, qui ad fana Deorum, vel ad statuas principum confugiunt, præcepit, ut, si intolerabilis videatur domino-

§ 53. Mais aujourd'hui il n'est plus permis aux citoyens romains, ni aux autres hommes soumis à l'empire romain, de sévir, outre mesure et sans cause, contre leurs esclaves. Car, en vertu d'une constitution d'Antonin, notre empereur sacré, celui qui aura tué son esclave sans motif est tenu comme celui qui a tué l'esclave d'autrui. Mais la trop grande rigueur des maîtres est réprimée également par la constitution du même prince ; car, comme il était consulté par des présidents de province relativement à ces esclaves qui se réfugient au pied des autels ou des sta-

rum sævitia, cogantur servos suos vendere : et utrumque recte fit regula; male enim nostro jure uti non debemus : qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio.

tues des princes, il ordonna que les maîtres dont les traitements paraîtraient intolérables seraient forcés de vendre leurs esclaves ; et ces deux décisions sont équitables, car nous ne devons pas mésuser de notre droit : c'est pour cette raison qu'on interdit aux prodigues l'administration de leurs biens.

Nous ferons remarquer que, dans le comm. 2, Gaïus appelle Antonin *divus Antoninus*, comme tous ceux qui ont précédé ce dernier. La simple épithète de « empereur très-sacré » donne à penser que Gaïus a écrit le premier comm. de ses Institutes sur la fin du règne d'Antonin, lequel était mort quand il a écrit la fin du second commentaire.

§ 54. Cæterum quum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis, vel ex jure quiritium, vel ex utroque jure cujusquam servus esse intelligitur), ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis ejus sit, etiamsi simul ex jure quiritium ejusdem non sit; nam qui nudum jus quiritium in servo habet, is potestatem habere non intelligitur.

§ 54. Du reste, comme chez les Romains il y a deux sortes de domaines (car on regarde un esclave comme étant *dans les biens* de quelqu'un, ou dans son *domaine quiritaire,* ou également dans les deux), nous disons qu'un esclave est sous la puissance du maître qui l'a dans ses biens, alors même qu'il ne l'aurait pas dans son domaine quiritaire; car celui qui n'a sur un esclave que le domaine quiritaire n'est pas considéré comme l'ayant en sa puissance.

On verra dans le commentaire 2, § 40, que la loi des Douze Tables ne reconnaissait qu'une espèce de propriété, qui ne pouvait être acquise que par les citoyens et suivant des rites déterminés. Le droit des gens admit plus tard le domaine *in bonis* au profit de celui qui, n'ayant pas acquis la chose conformément aux règles du droit civil, l'avait cependant reçue par la simple tradition, avec intention d'en devenir le maître.

Cette sorte de propriété fut désignée sous le nom de domaine *in bonis,* par opposition à la propriété civile, qu'on appela *dominium ex jure quiritium.* L'utilité qu'on pouvait retirer de la chose revenait à celui qui avait le domaine *in bonis* seulement, de telle sorte que le précédent propriétaire, bien qu'il restât fictivement le maître, n'avait plus sur elle qu'une espèce de suzeraineté, sans pouvoir sérieux.

§ 55. Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos justis nuptiis procreavimus; quod jus proprium civium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus; idque divus Hadrianus edicto, quod proposuit de his, qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant, significavit; nec me præterit Galatarum gentem credere, in potestate parentum liberos esse.

§ 55. Sont aussi sous notre puissance les enfants que nous avons procréés de justes noces; ce droit est propre aux citoyens romains, car il n'est presque aucun autre peuple chez lequel le père ait sur ses enfants un pouvoir tel que celui que nous avons; le divin Adrien l'a déclaré par un édit qu'il a rendu relativement à ceux qui sollicitaient de lui le droit de cité romaine pour eux et leurs enfants; je n'oublie pas cependant que le peuple des Galates croit que leurs enfants sont sous la puissance de leurs ascendants.

La déclaration faite par Adrien dans l'édit dont parle ce paragraphe n'est évidemment que la reconnaissance d'un principe déjà admis avant lui.

Sous la loi des Douze Tables, la puissance paternelle était illimitée, soit quant à la personne, soit quant aux biens, c'est-à-dire telle qu'elle constituait le père juge souverain à l'égard de la personne et des biens de ses enfants. Quant à la personne, le père avait droit de vie et de mort sur eux (L. 10, au Code, *de patria potestate;* — L. 11, *in fine*, ff. *de liberis...*); il pouvait les exposer (L. 2, C., *de infantib. expositis...*), les vendre (L. des Douze Tables, table 4e). Quant aux biens, l'enfant était assimilé à l'esclave. Tout ce qu'il possédait était à son père (Gaïus, c. 2, § 87; —Justin., *Instit.,* liv. II, *per quas personas nobis adquir.*).

Les droits du père sur la personne de ses enfants furent heureusement amoindris sous les empereurs... Il ne lui fut plus permis de sévir contre eux que par voie de correction, et il devait, en cas de persévérance, recourir au magistrat pour faire prononcer contre eux la peine qu'il jugeait convenable (L. 2, ff. *ad legem Corneliam*, *de sicariis;* Constit. 3, au Code, *de patriâ potestate*).—La peine du parricide fut portée contre le père auteur du meurtre de son fils (C., *de his qui parentes vel filios occider.*). — Il fut interdit d'exposer les enfants (LL. 2 et 3, C., *de infantibus expositis*). — La vente des enfants ne fut plus tolérée que dans le cas où le père était dans une extrême misère, et au moment de la naissance seulement (*Sentences* de Paul, 1, § 1 ;— L. 2, au Code, *de patr. qui filios*). — Si la mancipation des enfants était encore pratiquée, elle n'était plus qu'une fiction, dans le but de dissoudre la puissance paternelle (Gaïus, *infrà*, §§ 117 et 118). — Le père pouvait, toutefois encore, abandonner son fils, mais non sa fille, en réparation d'un dommage (*ib.*, c. 4, §§ 75 et suiv. ; — Paul, *Sentences*, 2, 31, § 9).—Justinien maintint cet état de choses, si ce n'est qu'il ne permit plus l'abandon noxal (*Instit.* de Justinien, *de noxalib. act.*, § 7).

A l'égard des biens, les constitutions impériales reconnurent aux fils de famille des droits plus on moins étendus, suivant que ces biens leur provenaient d'acquisitions faites à l'armée, à la cour ou de toute autre manière. Ainsi, dès le temps d'Auguste, il leur fut permis de disposer, même par testament, des biens par eux acquis dans les camps (*castrense peculium*), et cela pendant le temps qu'ils faisaient partie de l'armée (Justinien, *Instit.*, *quibus non est permissum...*). — Adrien étendit cette autorisation au profit des vétérans (*ibidem*). Quand le fils de famille décédait ayant fait un testament, il transmettait son pécule castrans à son héritier ; mais, dans le cas contraire, le même pécule était considéré comme ayant toujours appartenu au père de famille (L. 18, §§ 1 et 2, ff. *de castrensi peculio*). Le pécule castrans comprenait, non-seulement tout ce que le fils de famille acquérait à l'armée, mais encore ce qu'il avait reçu en partant pour les camps (*Sentences* de Paul, liv. 3, sent. 4, § 3). Constantin assimila aux biens castrans ceux qu'un fils de famille

avait acquis à la cour, qu'il les eût reçus directement de l'empereur, ou qu'ils fussent le fruit de ses économies (C., *de castrensi omnium palatin. peculio*). — On accorda successivement le même avantage aux fils de famille, relativement aux biens qu'ils avaient acquis comme fonctionnaires (L. 7, au Code, *de adsessor.;* — L. 7, *eod., de adv. div. jud.;* — L. 34, *eod., de episc. cleric.*).

Les biens provenus au fils de famille de l'hérédité de sa mère formèrent une troisième espèce de pécule, appelé pécule *adventice*, et sur lequel Constantin n'accorda au père que le droit d'usufruit (L. 1, au Code, *de bon. matern.*). — On assimila à ces biens ceux qui étaient donnés au fils par sa mère et ceux qui lui étaient donnés ou laissés par un ascendant maternel (L. 2, *eod.*);—ceux qui lui étaient donnés ou laissés par son épouse ou par sa fiancée (LL. 1 et 5, au Code, *de bon. quæ lib.*). —Justinien alla plus loin, car il restreignit à l'usufruit le droit du père sur tous les biens lui provenant d'une cause quelconque et de tout autre que de lui (*Instit., per quas person. nobis adquir.*, § 1). —A l'égard des biens qui lui provenaient du père, et qui composaient le pécule *profectice*, le fils n'en avait que la jouissance précaire.

En résumé, au temps de Justinien, les fils de famille n'avaient qu'un droit d'administration et de jouissance précaire sur les biens *profectices;* ils avaient un droit plein et entier sur les pécules *castrans* et *quasi-castrans*, dont ils pouvaient disposer comme les pères de famille. Ils n'avaient que la nue propriété des biens *adventices;* d'où il suit qu'ils n'en pouvaient disposer entre-vifs. Ils ne pouvaient davantage les laisser par testament, parce que la faction de testament active n'existait à leur profit qu'au sujet des biens *castrans* et *quasi-castrans* (*Instit., quib. non est perm., procem.* — *V.* com. 2, §§ 86 et suiv.).

§ 56. *Habent autem in potestate liberos cives Romani*, si cives Romanas uxores duxerint, vel etiam Latinas peregrinasve, cum quibus connubium habeant; quum enim connubium id efficiat, ut liberi patris conditionem sequantur,

§ 56. Les citoyens romains ont leurs enfants sous leur puissance, s'ils ont épousé des citoyennes romaines, ou bien des Latines, ou des étrangères avec lesquelles ils avaient le droit de se marier; puisque, en effet, le *connubium* produit

evenit, ut non *solum* cives Romani fiant, sed *et* in potestate patris sint.

ce résultat que les enfants suivent la condition de leur père, il arrive que non-seulement ils deviennent citoyens romains, mais encore qu'ils sont sous la puissance de leur père.

§ 57. Unde et veteranis quibusdam concedi solet principalibus constitutionibus connubium cum his Latinis peregrinisve, quas primas post missionem uxores duxerint; et qui ex eo matrimonio nascuntur, et cives Romani, et in potestatem parentum fiunt. . . . .

§ 57. Aussi les constitutions de nos princes accordent-elles souvent à certains vétérans le *connubium* avec les Latines ou les étrangères qu'ils prendront pour épouses en premier mariage après leur congé; et ceux qui naissent de ce mariage sont citoyens romains et soumis à la puissance de leur père.

Nous avons déjà dit, sous le § 22, que le § 57 ne doit être entendu que comme s'appliquant aux Latins des colonies, ou aux Latins-Juniens, les *Latini veteres* ayant le *jus connubii*.

§ 58. . . . . . *non omnes nobis uxores ducere licet;* nam a quarumdam nuptiis abstinere debemus.

§ 58. Il ne nous est pas permis de prendre pour femme qui nous voulons; car nous devons nous abstenir de certains mariages.

Les droits de puissance paternelle n'appartenaient au père de famille que relativement aux enfants provenus d'un mariage légitime ou à ceux qui leur avaient été assimilés par la loi Ælia Sentia ou par des constitutions impériales (Gaïus, §§ 56 et suiv., 65 et suiv.), ou aux enfants *légitimés* (Justin., *Inst.*, *de nuptiis*, § 13), ou, enfin, aux enfants adoptifs (*infrà*, §§ 97 et suiv.).— Nous parlerons plus loin des adoptions. On verra, sous les paragraphes 65 et suiv., qu'au temps de Gaïus, il était possible de placer sous la puissance paternelle des enfants qui n'y étaient pas, quoiqu'ils fussent provenus de celui qui demandait à acquérir cette puissance.

Sous Constantin, la légitimation des enfants nés d'un *concubinage* fut permise d'une manière générale par le mariage contracté par le père avec la femme ingénue qu'il avait eue

comme concubine jusqu'au jour du mariage. Elle ne s'appliquait qu'aux enfants déjà nés au moment où fut publiée la constitution qui l'autorisait (l'empereur voulant par ce moyen hâter les mariages, en faisant craindre aux citoyens de ne pouvoir faire jouir du bénéfice de la légitimation les enfants qui viendraient postérieurement hors mariage). Zénon renouvela cette constitution. — Nous remarquerons qu'elle ne permettait la légitimation qu'à celui qui n'avait pas d'enfant légitime au moment où il épousait sa concubine (L. 5, au Code, *de natur. lib.*). — Justin autorisa la légitimation par mariage subséquent aussi bien pour les enfants qui naîtraient après la promulgation de sa constitution que pour ceux qui étaient déjà nés à ce moment; mais il maintint l'exclusion à l'égard de celui qui avait des enfants légitimes (*eod.*, L. 6). — Justinien permit la légitimation même à celui qui avait des enfants légitimes au moment où il épousait sa concubine (*eod.*, L. 10); et dans sa Novelle 78, ch. 3 et 4, il accorda le bénéfice de la légitimation aux enfants nés d'une esclave, laquelle épousait son maître après avoir été affranchie par lui. C'était là une innovation profonde, car jusqu'à lui la légitimation ne pouvait profiter qu'à ceux qui étaient nés d'une femme libre. — Mais l'empereur n'autorisa la légitimation des enfants d'une affranchie qu'autant que le père n'avait pas d'autre enfant légitime (Novelle 18). En toute hypothèse, il était nécessaire, pour opérer la légitimation par mariage subséquent, qu'un acte dotal eût été dressé, contenant l'énumération des enfants légitimés, car, étant *sui juris*, ils ne pouvaient malgré eux passer sous la puissance d'autrui (Nov. 89, ch. 3).

Un autre mode de légitimation fut introduit, au milieu du ve siècle de l'ère chrétienne, par Théodose et Valentinien. Ces empereurs permirent, en effet, à celui qui n'avait que des enfants naturels, d'offrir à la curia de sa ville celui de ses fils qu'il voudrait, et de lui donner par acte entre-vifs ou par testament la totalité de ses biens (L. 5, au Code, *de natur. liber.*). — L'enfant passait sous la puissance de son père, comme dans le cas de légitimation par mariage subséquent; mais il n'acquérait de droits que par rapport à ce dernier (Nov. 89, *procem.*). — Justinien permit l'oblation à la curie même à celui qui avait des enfants légitimes (*eod.*, ch. 2 et suiv., et

L. 9, § 3, *de natur. liber.*). — Au surplus, l'agrégation à la curie entraînait de lourdes charges, notamment la responsabilité des impôts que les contribuables ne payaient pas (M. Ortolan, *Histoire du dr.,* p. 293). — Elle ne pouvait être faite malgré l'enfant (L. 3, au Code, *de natur. lib.*).

Justinien voulut que le père qui n'avait que des enfants naturels pût faire légitimer ses enfants en obtenant un rescrit du prince. Ce mode de légitimation n'était accordé qu'à celui qui était dans l'impossibilité d'épouser la mère (Nov. 74).

La même Novelle autorise le père qui n'a que des enfants naturels à manifester dans son testament l'intention qu'ils soient légitimés, et ceux-ci peuvent obtenir de l'empereur un rescrit qui permette cette légitimation. Ils passeront ainsi sous la puissance paternelle du chef de famille.

La puissance paternelle n'appartenait, avons-nous dit, qu'au père de famille qui avait des enfants légitimes, légitimés ou adoptifs. Mais il est à remarquer que celui-là seul qui était *sui juris* pouvait être père de famille ; d'où la conséquence que tous les enfants nés du père et de l'épouse légitime, ou ceux qui ont été légitimés ou adoptés, tous les petits-enfants ou descendants ultérieurs nés d'un fils de famille et de l'épouse de ce dernier, sont sous la puissance du chef de famille, tant qu'ils n'en sont pas sortis par les moyens réguliers que nous examinerons plus bas. Ils ne sont pas sous la puissance de leur père tant que l'aïeul existe et n'a pas rompu le lien de famille. Une autre remarque est à faire : c'est que les enfants de la fille ne sont jamais sous la puissance de l'aïeul dont leur mère peut dépendre, parce qu'ils ne peuvent jamais appartenir à la famille maternelle. Tous ceux qui n'appartiennent pas à la famille de leur père sont *sui juris* ou pères de famille, soit en naissant, s'ils naissent hors mariage, soit au moment de leur émancipation, soit à la mort du dernier de leur ascendant mâle paternel, s'ils sont nés ou ont été conçus en mariage légitime.

Il s'agit maintenant d'examiner quelles conditions étaient constitutives d'un mariage légitime, ce qu'on entendait par concubinage, et de nous fixer sur le sort des enfants *vulgò concepti.* Pour qu'il y eût mariage légitime, six conditions étaient nécessaires. La première était qu'il y eût entre les par-

ties le *jus connubii;* la seconde, qu'elles eussent donné leur consentement; la troisième, qu'elles eussent le consentement des chefs de famille sous la puissance desquels elles se trouvaient ou devaient se trouver un jour ; la quatrième, qu'elles fussent pubères ; la cinquième, qu'il y eût entre les parties absence de parenté ou d'alliance au degré prohibé, et la sixième, que ni l'une ni l'autre des parties ne fût déjà sous les liens d'un autre mariage ou d'un concubinat.

En principe, les citoyens romains avaient seuls le *jus connubii;* mais il pouvait être obtenu par les Latins-Juniens et par les pérégrins (Gaïus, *hic*, §§ 56 et 57). — On entendait par *jus connubii* le droit qu'avaient les parties de se marier entre elles (Ulpien, *Règl.*, tit. v, § 3).

Le consentement des parties était indispensable à la validité du mariage (Ulpien, *Frag.* 8 ;— L. 16, § 2, ff. *de rit. nupt.*, et L. 34, *eod.*).—Mais suffisait-il pour le mariage, sans aucune tradition ? — Non , suivant M. Ortolan , *Instit.*, t. 2 , sur le tit. *de nuptiis.*— Il invoque plusieurs textes, dont le plus concluant est tiré des *Sentences* de Paul, liv. II, tit. 19, § 8, et duquel il résulte que le mari absent pouvait contracter mariage, tandis que la femme ne le pouvait qu'autant qu'elle était présente (*vir absens uxorem ducere potest*, *femina absens nubere non potest*). Mais l'opinion contraire nous paraît résulter de ce que, aux termes des lois romaines, l'intention seule des contractants servait à déterminer s'ils avaient voulu contracter un mariage ou un concubinat (L. 4, ff. *de concubin.*), et aussi de la loi 66, au Digeste, *de don. inter vir. et uxor.*, où l'on voit que le doute sur la question de savoir si une donation faite par une femme à son mari avant la *deductio in domum* est valable naît de ce qu'il est incertain de savoir si elle a eu lieu *ante contractum matrimonium*, c'est-à-dire avant la formation du lien conjugal, *quod consensu intelligitur.*—Si la *deductio in domum*, c'est-à-dire la tradition de la femme, était nécessaire pour que le mariage fût contracté, il n'y aurait pas de doute, car les donations étaient prohibées entre mari et femme. Ajoutez le § 96 des *Fragmenta vaticana*, où Paul s'occupe d'une donation faite avant la *deductio*, et fait dépendre la solution du point de savoir si la donation a eu lieu avant ou après le mariage.

Le consentement devait être libre (L. 21, ff. *de ritu nuptiar.*).

Le consentement des ascendants sous la puissance desquels ils étaient ou pouvaient un jour se trouver était nécessaire aux deux époux et devait précéder le mariage (L. 2, ff. *de ritu nuptiar.*; —Justin., *Instit.*, *de nuptiis*, *proœm.*).— Il pouvait être tacite (LL. 2 et 5, au Code, *de nuptiis*). — Si le consentement n'intervient qu'après le mariage, il n'a point d'effet rétroactif (L. 2, ff. *de ritu nupt.*).

Un impubère ne pouvait se marier. Un mariage contracté par une fille avant qu'elle eût douze ans accomplis, et par un enfant mâle avant qu'il eût quatorze ans, eût été nul ; mais il eût été valable à partir de la puberté (L. 4, ff. *de ritu nupt.*).

Nous parlerons, sous le § 63, des empêchements au mariage par suite de parenté ou d'alliance, d'un mariage déjà existant ou d'un concubinat.

§ 59. Inter eas enim personas, quæ parentum liberorumve locum inter se obtinent, nuptiæ contrahi non possunt, nec inter eas connubium est, velut inter patrem et filiam, vel matrem et filium, vel avum et neptem : et si tales personæ inter se coierint, nefarias *atque incestas nuptias contraxisse dicuntur*, et *hæc adeo* ita sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse cœperint, non possint inter se matrimonio conjungi : in tantum, ut et dissoluta adoptione idem juris maneat ; itaque eam quæ nobis adoptione filiæ aut neptis loco esse cœperit, non poterimus uxorem ducere, quamvis eam emancipaverimus.

§ 59. En effet, les justes noces ne peuvent avoir lieu entre les personnes qui sont entre elles ascendant et descendant, car elles n'ont pas entre elles le *connubium ;* tels sont : le père et la fille, la mère et le fils, l'aïeul et la petite-fille ; et si de telles personnes ont eu commerce ensemble, elles sont dites avoir contracté un mariage incestueux et criminel ; et cela est si absolument vrai que, dans le cas où des personnes n'auraient été entre elles ascendant et descendant que par adoption, elles ne pourront pas se marier ensemble, même après la dissolution de l'adoption ; c'est pourquoi nous ne pouvons pas épouser la personne qui aura été notre fille ou notre petite-fille adoptive, même après l'avoir émancipée.

§ 60. Inter eas quoque personas, quæ ex transverso gradu cognatione junguntur, est quædam similis observatio, sed non tanta.

§ 60. Entre les personnes unies entre elles par la parenté collatérale, une prohibition semblable existe aussi, mais moins étendue.

§ 61. Sane inter fratrem et sororem prohibitæ sunt nuptiæ, sive eodem patre eademque matre nati fuerint, sive alterutro eorum; sed si qua per adoptionem soror mihi esse cœperit, quandiu quidem constat adoptio, sane inter me et eam nuptiæ non possunt consistere: quum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere; sed *et* si ego emancipatus fuero, nihil impedimento erit nuptiis.

§ 61. Les noces sont prohibées entre frère et sœur, qu'ils soient nés des mêmes père et mère, ou de l'un d'eux seulement; mais si j'ai une sœur adoptive, le mariage est justement prohibé entre nous tant que dure l'adoption; mais, après la dissolution de l'adoption par émancipation, je pourrai en faire mon épouse, et si moi-même j'ai été émancipé, il n'y aura plus d'empêchement aux noces.

Gaïus ne veut pas dire que le lien d'adoption doit être rompu par rapport à la sœur entrée en adoption et par rapport à son frère tout à la fois; il veut dire que si l'un ou l'autre sort de la famille, le mariage pourra avoir lieu. C'est cette sortie de l'un d'eux seulement qui est nécessaire.

§ 62. Fratris filiam uxorem ducere licet; idque primum in usum venit, quum divus Claudius Agrippinam, fratris sui filiam, uxorem duxisset; sororis vero filiam uxorem ducere non licet; et hæc ita principalibus constitutionibus significantur. Item amitam et materteram uxorem ducere non licet.

§ 62. Il est permis d'épouser la fille de son frère; ce droit fut mis en usage lorsque le divin Claude épousa Agrippine, fille de son frère; mais il n'est pas permis d'épouser la fille de sa sœur; cela résulte des constitutions des princes. Il n'est pas permis non plus d'épouser sa tante paternelle ni sa tante maternelle.

§ 63. Item eam, quæ *nobis quondam socrus,* aut nurus, aut privigna, aut noverca fuit; ideo autem diximus quondam,

§ 63. Non plus que celle qui fut la mère de notre femme, ou celle qui fut notre bru, ou notre belle-fille, ou

quia, si adhuc constant eæ nuptiæ per quas talis affinitas quæsita est, alia ratione *inter nos* nuptiæ esse non possunt, quia neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere.

la femme de notre père ; nous avons dit « *qui fut*, » parce que, tant que le mariage producteur de l'affinité existe, une autre raison empêche les noces, puisque le même homme ne peut avoir deux femmes, et puisqu'une femme ne peut avoir deux maris.

Certains empêchements au mariage étaient produits par la parenté et par l'alliance. — En ligne directe, le mariage était prohibé à l'infini entre ascendants et descendants, que les descendants fussent restés ou non dans la famille de l'ascendant, que les liens de famille fussent naturels ou adoptifs, et, dans ce dernier cas, la prohibition survivait à l'émancipation.— En ligne collatérale, les prohibitions étaient moins étendues. Ainsi, les frères et sœurs ne pouvaient contracter mariage ensemble, qu'ils fussent tels par le sang ou par l'adoption ; mais, quand l'adoption avait fait sortir l'un d'eux de la famille, ils pouvaient s'épouser. — Le mariage était prohibé entre l'oncle et la nièce, entre le grand-oncle et la petite-nièce, et cela à l'infini : il était également interdit entre la tante et le neveu, entre la grand'tante et le petit-neveu, aussi à l'infini. Cela avait lieu aussi bien au regard de la parenté adoptive que de la parenté naturelle, mais avec cette observation que les effets de l'adoption venant à cesser, la prohibition prenait également fin. — Pendant longtemps, une dérogation à l'empêchement au mariage entre l'oncle et la nièce fut introduite par suite de la volonté qu'avait l'empereur Claude d'épouser sa nièce Agrippine. Constantin revint à la prohibition générale (L. 1, C. Théod., *de incest. nuptiis*). — Le mariage était permis entre collatéraux qui étaient l'un et l'autre à deux degrés au moins de la souche commune (Justinien, *Instit.*, § 4, *de nuptiis*).

L'alliance était une cause d'empêchement entre le beau-père et la belle-fille, entre la belle-mère et le gendre, entre la marâtre et le fillâtre. La prohibition s'étendait à l'infini, sans distinction de degré, à tous les ascendants ou descendants de celui ou de celle qu'on ne pouvait épouser (LL. 14, § 4, et 40,

de rit. nuptiar.). Mais l'alliance ne mettait pas obstacle à ce que les descendants de ceux qui étaient empêchés de se marier pour cette cause conclussent entre eux de justes noces (L. 34, § 2, ff. *de ritu nupt.*).

Sous les empereurs chrétiens, le mariage fut prohibé entre le beau-frère et la belle-sœur (LL. 5, 8 et 9, au Code, *de incest. et inut. nupt.*). Bien que la parenté civile n'existât pas entre esclaves (L. 8, § 10, ff. *de gradu et aff.*), l'affinité servile produisait, à l'égard des affranchis, les mêmes empêchements au mariage que la parenté à l'égard des ingénus (L. 14, §§ 2 et 3, ff. *de ritu nupt.*; — Justin., *Inst.*, *de nupt.*, § 10). — Quant aux esclaves, tant qu'ils étaient en servitude, ils étaient absolument incapables de contracter mariage (Ulpien, *Règ.*, tit. v, § 5; — Justin., *Inst.*, *de nuptiis, proœm.*).

Tant qu'une personne était dans les liens d'un mariage, elle ne pouvait en contracter un second, ni prendre une concubine (titre *de concubinis*, au Code et au Digeste). On ne pouvait même avoir plusieurs concubines à la fois (Novelle 18, ch. 4). — Tant qu'on avait une concubine, on ne pouvait contracter mariage (L. 1, ff. *de concubinis*).

Le concubinat était l'union d'un homme et d'une femme dans l'intention de mener une vie commune, quoiqu'il n'y eût pas mariage entre eux (L. 34, ff. *ad legem Juliam.*; — L. 5, au Code, *ad senatusc. Orfitian.*). — On distinguait l'épouse de la concubine par l'intention des parties (Paul., *Sent.*, liv. II, § 20; — L. 4, ff. *de concubinis*). — Cette intention résultait soit d'une déclaration expresse, soit de la situation des parties. — S'agissait-il, par exemple, d'une femme ingénue et honnête, elle était réputée épouse, à moins que, par une déclaration formelle, l'homme n'eût fait connaître qu'il la prenait pour concubine. S'agissait-il d'une femme de mauvaises mœurs, la présomption contraire prévalait. (L. 24, ff. *de ritu nupt.*).

On pouvait avoir pour concubine une femme qu'on n'aurait pu épouser, telle qu'une adultère, une actrice, une femme de mauvaise vie (L. 1, ff. *de concubinis*; — L. 5, *eod.*).

La volonté des parties ou de l'une d'elles mettait fin au concubinat. Elles pouvaient le convertir en mariage légitime, s'il n'y avait pas d'empêchement (L. 1, ff. *de concubinis*). Les

enfants nés d'un concubinat avaient pour père celui qui vivait avec leur mère ; on les appelait *naturales liberi :* ils pouvaient être légitimés ; mais, jusqu'à ce moment, ils n'étaient pas sous la puissance de leur père et n'avaient aucun droit de succession sur ses biens (liv. v, tit. xxvii, au Code).

§ 64. Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur, neque liberos ; *hi enim* qui ex eo coitu nascuntur, matrem quidem habere videntur, patrem vero non utique : nec ob id in potestate ejus sunt, sed quales sunt ii, quos mater vulgo concepit ; *nam nec hi* patrem habere. . . . intelliguntur, quum *pater* incertus sit : unde solent spurii filii appellari, vel a græca voce quasi σποραδην concepti, vel quasi sine patre filii.

§ 64. Si donc quelqu'un a conclu un mariage incestueux et prohibé, il est considéré comme n'ayant ni épouse ni enfants ; ceux qui naissent de cette union sont réputés avoir une mère, mais n'avoir pas de père ; et, à cause de cela, ils ne sont pas sous sa puissance, mais ils sont tels que ceux que leur père a conçus vulgairement, car ces derniers sont considérés comme n'ayant pas de père, puisque leur père est incertain ; d'où l'on a la coutume d'appeler ces enfants *spurii*, soit du mot grec σποραδην (au hasard), soit des mots latins *sine patre*.

Tout enfant né d'un commerce illicite ou d'un mariage entaché de bigamie ou d'inceste était *spurius*, enfant sans père certain (L. 23, ff. *de stat. hom.;—Instit.* de Justin., *de nuptiis*, § 12). — Il ne pouvait jamais être légitimé, parce qu'il n'avait pas de père connu aux yeux de la loi (*Inst.*, *de nupt.*, § 13 ;— M. Ortolan, sur ce titre).

§ 65. *Aliquando autem evenit, ut liberi statim ut* nati sunt, parentum in potestate non fiant, *et* postea tamen redigantur in potestatem.

§ 65. Cependant il arrive quelquefois que les enfants ne se trouvent pas dès leur naissance sous la puissance de leur père, sous laquelle ils rentrent néanmoins par la suite.

§ 66. Itaque *si Latinus*, ex lege Ælia Sentia uxore ducta, filium procreaverit, aut Lati-

§ 66. C'est pourquoi si, après s'être marié en vertu de la loi Ælia Sentia, un Latin a

num ex Latina, aut civem Romanum ex cive Romana, non habebit eum in potestate *nisi causa erroris probata civitatem Romanam consecutus fuerit* : simul ergo eum in potestate sua habere incipit.

eu un fils, soit un Latin d'une Latine, soit un citoyen romain d'une Romaine, il ne l'aura pas en son pouvoir, à moins que la cause de son erreur n'ait été prouvée ; il commence dès lors à avoir ce fils en sa puissance.

On a vu, § 29, que, pour acquérir la qualité de citoyen romain par suite de son mariage, un *Latin* n'était pas tenu de prouver sa bonne foi. Il était, au contraire, soumis à cette obligation pour obtenir la puissance paternelle.

§ 67. Item, si civis Romanus Latinam aut peregrinam, uxorem duxerit per ignorantiam, quum eam civem Romanam esse crederet, et filium procreaverit, hic non est in potestate, quia ne quidem civis Romanus est, sed aut Latinus, aut peregrinus, id est ejus conditionis, cujus et mater fuerit, quia non aliter quisquam ad patris conditionem accedit, quam si inter patrem et matrem ejus connubium sit : sed ex senatusconsulto permittitur causam erroris probare, et ita uxor quoque et filius ad civitatem Romanam perveniunt, et ex eo tempore incipit filius in potestate patris esse. Idem juris est, si eam per ignorantiam uxorem duxerit quæ dedititiorum numero est, nisi quod uxor non fit civis Romana.

§ 67. De même, si un citoyen romain a épousé une Latine ou une étrangère par erreur sur son état, alors qu'il la croyait Romaine, et s'il en a eu un fils, ce dernier n'est pas sous la puissance de son père, parce qu'il n'est pas même citoyen romain, mais Latin ou étranger, c'est-à-dire de la condition de sa mère, parce que personne ne reçoit la condition de son père qu'alors qu'il y avait *connubium* entre son père et sa mère ; mais un sénatus-consulte autorise le père à prouver son erreur ; c'est le moyen de faire arriver l'épouse et l'enfant au droit de cité romaine, et dès lors le fils commence à être sous la puissance de son père. Il en est ainsi lorsqu'un citoyen a épousé, par erreur, une femme déditice, si ce n'est que l'épouse ne devient pas citoyenne.

Il faut encore, dans le cas de notre paragraphe, prouver la bonne foi pour obtenir la puissance paternelle. Nous pensons même que la qualité de citoyens ne pouvait appartenir à

l'épouse et à l'enfant qu'autant qu'il y avait *erroris probatio.* « *Ita,* porte le texte, *uxor quoque et filius ad civitatem Romanam perveniunt.* » — V. § 29.

§ 68. Item si civis Romana per errorem nupta sit peregrino, tanquam civi Romano, permittitur ei causam erroris probare, et ita filius quoque et maritus ad civitatem Romanam perveniunt, et æque simul incipit filius in potestate patris esse. Idem juris est, si peregrino, tanquam Latino, ex lege Ælia Sentia nupta sit : nam et de hoc specialiter senatusconsulto cavetur. Idem juris est aliquatenus, si ei, qui dedititiorum numero est, tanquam civi Romano, aut Latino, e lege Ælia Sentia, nupta sit : nisi quod scilicet qui dedititiorum numero est, in sua conditione permanet; et ideo filius, quamvis fiat civis Romanus, in potestatem patris non redigitur.

§ 68. De même, lorsqu'une Romaine a, par erreur, épousé un étranger qu'elle croyait citoyen romain, on l'autorise à démontrer son erreur; et, par ce moyen, le fils et le mari deviennent citoyens romains, et le fils commence en même temps à être soumis à la puissance de son père. Il en est ainsi lorsqu'elle s'est mariée, en vertu de la loi Ælia Sentia, à un étranger qu'elle croyait Latin, car le sénatus-consulte règle spécialement ce cas. Il en est de même, en quelque sorte, si elle a épousé un affranchi déditice qu'elle croyait citoyen romain, ou si elle a épousé, en vertu de la loi Ælia Sentia, un affranchi déditice qu'elle croyait Latin, si ce n'est que le déditice reste dans sa condition primitive; aussi le fils, quoiqu'il devienne citoyen romain, ne tombe pas sous la puissance de son père.

La loi Ælia Sentia réglait spécialement le cas du mariage d'une Romaine avec un *Latin* (texte, *hìc*), et on a vu, au § 29, qu'un tel mariage, quand il avait été contracté dans certaine forme, autorisait le Latin à réclamer pour lui et l'enfant qu'il avait de son mariage, s'il était âgé d'une année, la qualité de citoyen. — Aux termes du § 68, la qualité de citoyen romain était également acquise à un *pérégrin* qu'une Romaine avait épousé, si elle en avait un fils, pourvu que le mariage eût été contracté par erreur, c'est-à-dire dans la croyance où était la femme romaine qu'elle épousait un *Latin.*

La bonne foi était également protégée dans l'hypothèse

d'un mariage d'une Romaine avec un *déditice*, sauf la restriction portée par notre texte *in fine*, conformément aux règles exposées ci-dessus à l'égard de cette classe d'affranchis. Il résulte implicitement de ce texte que le fils d'un affranchi déditice n'était pas considéré comme *déditice*, car autrement, d'après les règles ci-dessus exposées, § 15, il n'aurait pu devenir citoyen. On le considérait comme un *pérégrin*.

Disons, en terminant sur ce paragraphe, que l'erreur prouvée entraînait la puissance paternelle au profit du père qui acquérait la qualité de citoyen.

§ 69. Item si Latina peregrino, quem Latinum esse crederet, nupserit, potest ex *senatusconsulto*, filio *nato*, causam *erroris probare; et ita omnes* fiunt cives Romani, *et* filius in potestate patris esse incipit.

§ 69. De même, si une Latine a épousé un étranger qu'elle croyait Latin, et si un fils lui est né, elle peut, en vertu du sénatus-consulte, prouver son erreur; tous deviennent ainsi citoyens romains, et le fils entre sous la puissance de son père.

Ici encore la bonne foi seule peut procurer la puissance paternelle au père. Il faut même admettre que, dans cette hypothèse, la qualité de citoyen romain ne peut appartenir au père et au fils qu'autant qu'il y a *erroris probatio*, la loi Ælia Sentia n'ayant statué, quant à l'acquisition du droit de cité romaine par le fait seul d'un mariage ayant produit un fils *anniculus*, qu'au profit d'un Latin, et non à celui d'une Latine.

§ 70. Id*em juris omnino est*, si Latinus per errorem peregrinam, quasi Latinam aut civem Romanam, e lege Ælia Sentia uxorem duxerit.

§ 70. Le même droit s'applique lorsqu'un Latin a épousé, en vertu de la loi Ælia Sentia, une étrangère qu'il croyait Latine ou citoyenne romaine.

Quand un *Latin* avait épousé une citoyenne romaine ou une *Latine*, il acquérait le droit de cité pour lui et pour son fils par le fait seul de son mariage suivi de la naissance d'un enfant *anniculus*. — S'il avait épousé une étrangère ou une *Latine* qu'il croyait romaine, il pouvait aussi invoquer le bénéfice de

la loi Ælia Sentia, mais il fallait qu'il prouvât son erreur. — Selon nous, il ne pouvait jamais obtenir la puissance paternelle que sous cette condition (V. § 29 et § 66).

§ 71. Præterea si civis Romanus qui se credidisset Latinum, *duxisset* Latinam, permittitur *ei*, filio nato, erroris causam probare, *tanquam si ex* lege Ælia Sentia uxorem duxisset. Item h*is, qui, licet* cives Romani essent, peregrinos se esse credidissent et peregrinas uxores duxissent, permittitur ex senatusconsulto, filio nato, causam erroris probare : quo facto peregrina uxor civis Romana et filius . . . . non solum *ad civitatem Romanam pervenit,* sed *etiam in* potestatem patris *redigitur*.

§ 71. En outre, lorsqu'un citoyen romain, qui se croyait Latin, a épousé une Latine, on lui permet, s'il lui est né un fils, de prouver son erreur, comme s'il avait pris femme en vertu de la loi Ælia Sentia. De même, par application du sénatus-consulte, on autorise ceux qui, étant citoyens romains, s'étaient crus étrangers et avaient épousé des étrangères, à prouver leur erreur, lorsqu'un fils leur est né : par là, l'épouse devient citoyenne romaine, et le fils entre sous la puissance paternelle, en même temps qu'il devient citoyen romain.

On applique toujours ici le principe qui protége la bonne foi.

§ 72. Quæcunque de filio esse diximus, eadem et de filia dicta intelligimus.

§ 72. Tout ce que nous avons dit du fils s'applique également à une fille.

C'est-à-dire que la fille tombe, comme le fils, sous la puissance paternelle.

§ 73. Sed quantum ad erroris causam probandam attinet, nihil interest, cujus ætatis filius sive filia sit. . . . . nisi minor anniculo sit filius filiave, causa probari non potest ; nec me præterit, in aliquo rescripto divi Hadriani ita esse constitutum, tanquam, quod ad erroris quoque *causam* probandam . . . . Imperator . . . . . . tuendam dedit.

§ 73. Quant à ce qui concerne la preuve de la cause de l'erreur, peu importe l'âge du fils ou de la fille, si ce n'est que la loi Ælia Sentia veut que, lorsque l'enfant a moins d'une année, la preuve de l'erreur ne puisse pas être fournie ; je n'oublie pas qu'un rescrit d'Adrien porte. . . . . (*Plusieurs lignes sont illisibles.*)

Quand l'enfant était âgé de plus d'une année, la preuve de la cause de l'erreur était toujours recevable; mais elle ne pouvait l'être avant que l'enfant eût atteint l'âge d'un an (*suprà*, § 29).

§ 74. . . . peregrino . . . . *qui* uxorem duxisset, et filio nato, alias civitatem Romanam consecutus esset, deinde quum *quæreretur*, an *causam* probare *posset*, rescripsit Imperator Antoninus, perinde posse eum *causam probare*, atque si peregrinus mansisset; ex quo colligimus, etiam peregrinum *causam* probare posse.

§ 74. Un étranger qui avait épousé une citoyenne romaine, et qui, postérieurement à la naissance de son fils, avait joui des droits de cité romaine, demandait s'il pouvait prouver son erreur : l'empereur Antonin répondit qu'il le pouvait, comme si toujours il était demeuré étranger ; nous en avons conclu qu'un étranger était admis à fournir la preuve de son erreur.

Le *peregrinus* pouvait aussi fournir *probatio erroris* et invoquer le bénéfice de la loi Ælia Sentia, conformément à un rescrit d'Adrien, interprété par les jurisconsultes.

§ 75. (*Desideratur paragraphus.*)

§ 75. (*Illisible.*)

§ 76. . . . . . Qui uxorem duxerit, sicut supra quoque diximus, justum matrimonium contrahi, et tunc ex iis qui nascitur, civis Romanus est, et in potestate patris erit.

§ 76. Celui qui s'est marié suivant ce que nous avons dit ci-dessus contracte de justes noces, et l'enfant qui naît de cette union est citoyen romain, et soumis à la puissance paternelle.

§ 77. Itaque si civis romana peregrino. . . . . *patris* filius *est*, *tanquam* si ex peregrina eum procreasset; hoc tempore e senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est, etsi non fuerit connubium inter civem Romanam et peregrinum, qui

§ 77. C'est pourquoi, lorsqu'une Romaine a épousé un étranger ayant le droit de *connubium*, l'enfant suit la condition de son père, comme si ce dernier l'avait eu d'une pérégrine. Aujourd'hui, en vertu d'un sénatus-consulte du temps d'Adrien, quoique le *connubium* n'existe pas

nascitur, justus patris filius est.

entre la femme romaine et l'étranger qu'elle épouse, l'enfant qui naît de leur union suit la condition de son père.

Le *connubium* était quelquefois accordé à un pérégrin. Dans ce cas, l'enfant était soumis à son père, conformément à la règle posée au § 56. D'après le sénatus-consulte d'Adrien, auquel se réfère notre texte, il en dut être de même, quoique le *connubium* n'eût pas été accordé à ce pérégrin, c'est-à-dire que son enfant naissait pérégrin, contrairement au principe qui donnait à l'enfant la condition de sa mère, quand il naissait hors mariage.

§ 78. Quod autem diximus, inter civem Romanam peregrinumque *matrimonio contracto eum qui* . . . . nascitur, peregrinum. (*Decem lineæ desiderantur.*)

§ 78. Ce que nous avons dit, qu'un mariage étant contracté entre une citoyenne romaine et un étranger . . . . . . (*Illisible.*)

§ 79. . . . . sed etiam qui Latini nominantur, sed ad alios Latinos pertinet, qui proprios populos propriasque civitates habebant, et erant peregrinorum numero.

§ 79. . . . . . . Ce que nous venons de dire s'applique aussi aux Latins, mais à des Latins autres que ceux des colonies, composant des peuples particuliers, ayant des cités qui leur étaient propres, et qui étaient au nombre des étrangers.

Il arrivait quelquefois que les Romains autorisaient les peuples qu'ils soumettaient à conserver leurs lois, alors même qu'ils faisaient partie du Latium : ils étaient alors traités comme les pérégrins proprement dits. En conséquence, leurs enfants naissaient pérégrins comme ceux des pérégrins, proprement dits. Quant aux *Latins* des colonies, on a vu, §§ 66 et suiv., quel était le droit à leur égard.

§ 80. . . . . Ex contrario ex Latino et cive Romana *qui nascitur*, civis Romanus nascitur : fuerunt tamen, qui putaverunt, ex lege Ælia Sentia contracto matri-

§ 80. . . . . A l'inverse, l'enfant d'un Latin et d'une Romaine naît citoyen romain. Il y a des personnes qui ont pensé cependant que d'un mariage contracté conformé-

monio Latinum nasci, quia videtur eo casu per legem Æliam Sentiam et Juniam connubium inter eos dari, et semper connubium efficit, ut qui nascitur patris conditioni accedat; aliter vero contracto matrimonio eum, qui nascitur, jure gentium matris conditionem sequi. . . . ; sed hoc jure utimur ex senatusconsulto, quo auctore divo Hadriano significatur, ut omni modo ex Latino et cive Romana natus civis Romanus nascatur.

ment à la loi Ælia Sentia naissait un Latin, parce que le *connubium* est accordé dans ce cas en vertu des lois Ælia Sentia et Junia; or, le *connubium* produit toujours cet effet, que l'enfant suit la condition de son père, tandis qu'au contraire il n'en est pas ainsi dans tout mariage contracté autrement, car alors l'enfant suit la condition de sa mère, d'après le droit des gens; mais nous admettons en droit, d'après un sénatusconsulte proposé par Adrien, que toujours l'enfant né d'un Latin et d'une citoyenne romaine naît citoyen romain.

Pour bien comprendre ce paragraphe, il faut se reporter au § 29, où l'on voit que la loi Ælia Sentia permettait à un Latin de déclarer solennellement, en présence de 7 témoins, qu'il voulait prendre une citoyenne romaine pour épouse. Certains jurisconsultes voulaient que l'enfant naquît *Latin*, par application de la règle d'après laquelle le *connubium* donnait à l'enfant la condition de son père, sauf la faculté réservée à ce dernier d'acquérir la qualité de citoyen, postérieurement pour lui et son enfant, en justifiant qu'il avait épousé sa femme pour en avoir des enfants, et qu'il en avait effectivement un enfant d'une année. Si l'union entre le Latin et une citoyenne romaine avait été contractée en dehors des conditions de la loi Ælia Sentia, d'après ces mêmes jurisconsultes, l'enfant naissait citoyen romain, par application de cette autre règle que l'enfant né hors des *justes noces* suivait la condition de sa mère. Le S.-C. proposé par Adrien et auquel se réfère notre texte décide que *toujours* l'enfant naîtrait citoyen romain.

§ 81. *His convenienter etiam illud* senatusconsulto, divo Adriano sacratissimo auctore, significatur, ut ex

§ 81. Sans contredire à ce qui précède, il résulte du sénatus-consulte du divin Adrien que l'enfant d'un Latin et

Latino *et* peregrina, item contra ex peregrino *et Latina qui nascitur* matris conditionem sequatur.

d'une étrangère, comme celui d'un étranger et d'une Latine, suit la condition de sa mère.

La même faveur ne fut pas accordée à l'enfant né d'un Latin et d'une étrangère ; il suit la condition de la mère et ne peut que bénéficier de l'erreur où aurait été son père au moment de son union, conformément au § 70 ci-dessus.

Que décider dans le cas où un Latin a épousé une Latine? Il naîtra *Latin* et n'acquerra la qualité de citoyen qu'après la preuve faite par son père qu'il a un fils d'une année (§§ 29 et 70 combinés).

§ 82. Illud quoque his conveniens est, quod ex ancilla et libero jure gentium servus nascitur, et ex libera et servo liber nascitur.

§ 82. Conformément à ce sénatus-consulte, l'enfant d'une esclave, et d'un homme libre naît esclave, suivant le droit des gens ; l'enfant d'une femme libre et d'un esclave naît libre.

Tous les exemples fournis par Gaïus et les solutions qu'il donne sont en parfaite harmonie avec ce principe qu'il a posé plus haut : « Lorsqu'il y a *connubium* entre le père et la mère, l'enfant suit la condition du père ; dans le cas contraire, il suit la condition de la mère. » Si, dans le cas du § 80, il n'en est point ainsi, c'est que, par une faveur toute spéciale. on accorde à l'enfant la qualité de citoyen ; on a vu aussi que le père a la faculté de prendre le droit de puissance paternelle sur son fils, en prouvant son erreur (§ 67).

§ 83. Animadvertere tamen debemus, *num eam* juris gentium regulam vel lex aliqua, vel quod legis vicem obtinet, aliquo casu commutaverit.

§ 83. Nous devons avertir cependant si quelque loi ou sénatus-consulte a modifié dans un cas cette règle du droit des gens.

§ 84. Ecce enim ex senatusconsulto Claudiano poterat civis Romana quæ alieno servo volente domino ejus coierit ipsa ex pactione libera permanere, sed servum procreare ; nam quod inter eam et domi-

§ 84. En effet, le sénatusconsulte Claudien (an de Rome 805) permettait à une citoyenne romaine ayant eu commerce avec un esclave, de l'assentiment de son maître, de rester libre, en donnant le

num istius servi convenerit, ex senatusconsulto ratum esse jubetur; sed postea divus Hadrianus iniquitate rei et inelegantia juris motus restituit juris gentium regulam, ut, quum ipsa mulier libera permaneat, liberum pariat.

jour à un esclave ; car la convention entre la femme et le maître de l'esclave est approuvée en vertu du sénatus-consulte; mais, par la suite, le divin Adrien, choqué de l'iniquité et du défaut de logique d'un tel droit, rétablit la règle du droit des gens qui veut que, si la femme reste libre, elle enfante un homme libre.

§ 85. Ex ancilla et libero poterant liberi nasci : nam ea lege cavetur, ut si quis cum aliena ancilla, quam credebat liberam esse, coierit, si quidem masculi nascantur, liberi sint, si vero feminæ, ad eum pertineant, cujus mater ancilla fuerit; sed et in hac specie divus Vespasianus, inelegantia juris motus, restituit juris gentium regulam, ut omni modo, etiamsi masculi nascantur, servi sint ejus, cujus et mater fuerit.

§ 85. Des enfants libres pouvaient naître d'une esclave et d'un homme libre; car cette loi dit que si quelqu'un a eu commerce avec l'esclave d'autrui qu'il croyait libre, les mâles qui naissent d'un tel commerce sont libres, au lieu que les filles appartiennent à celui dont la mère était l'esclave; mais le divin Vespasien, choqué de l'inconséquence d'un tel droit, rétablit le droit des gens pour ce cas, pour que, de toute manière, alors même qu'il naîtrait des mâles, ces derniers soient esclaves du maître de leur mère.

La loi dont parle ici Gaïus est sans doute le S.-C. Claudien.

§ 86. Sed illa pars ejusdem legis salva est, ut ex libera et servo alieno, quem sciebat servum esse, servi nascantur. Itaque apud quos talis lex non est, qui nascitur jure gentium matris conditionem sequitur, et ob id liber est.

§ 86. On a conservé la partie de cette loi relative aux enfants d'un esclave et d'une femme libre qui le savait esclave, enfants qui naissent esclaves. Chez ceux qui n'appliquent pas une semblable loi, l'enfant qui naît suit la condition de sa mère, d'après le droit des gens, et, par conséquent, naît libre.

Pour mettre ce paragraphe d'accord avec le quatre-vingt-quatrième, il faut supposer que dans celui-ci il est question

d'une femme citoyenne romaine ou latine ayant eu commerce avec un esclave, tandis que dans l'autre il s'agit d'une pérégrine. L'enfant de la citoyenne romaine et aussi de la Latine, d'après Paul (*Sentenc.* II, 21), naissait libre, quoiqu'il eût été le résultat du commerce avec un esclave; il en était autrement de celui qui naissait d'une pérégrine. Une telle anomalie avait disparu au temps de Justinien (*Instit.*, *de ingen.*, *procœm.*), et la mère qui avait été libre un seul instant pendant sa grossesse enfantait un être libre (*ibid.*).

§ 87. Quibus autem casibus matris et non patris conditionem qui sequitur nascitur, iisdem casibus in potestate eum patris, etiamsi is civis Romanus sit, non esse, plus quam manifestum est, et ideo superius retulimus, quibusdam casibus, per errorem non justo contracto matrimonio, senatum intervenire et amendare vitium matrimonii, eoque modo plerumque efficere, ut in potestatem patris filius redigatur.

§ 87. Toutes les fois que l'enfant suit la condition de sa mère et non celle de son père, il est plus qu'évident qu'il ne se trouve pas sous la puissance de son père, quoique celui-ci soit citoyen romain; aussi nous avons rapporté quelques cas où, lorsqu'un mariage a été contracté par erreur, le sénat intervient et corrige le vice de ce mariage, et par là fait le plus souvent que le fils est sous la puissance de son père.

§ 88. Sed si ancilla ex cive Romano conceperit, deinde manumissa civis Romana facta sit, et tunc pariat, licet *civis* Romanus sit qui nascitur, sicut pater ejus, non tamen in potestate patris est, quia neque ex justo coitu conceptus est, neque ex ullo senatusconsulto talis coitus quasi justus constituitur.

§ 88. Mais, si une esclave a conçu d'un citoyen romain; si, après la conception, elle est devenue citoyenne romaine, et si elle enfante dans ce dernier état, l'enfant, bien qu'il soit citoyen romain, comme son père, n'est pas sous la puissance paternelle, parce qu'il n'est pas conçu d'un commerce légitime, et qu'aucun sénatus-consulte ne considère ce commerce comme légitime.

§ 89. Quod autem placuit, si ancilla ex cive Romano conceperit, deinde manumissa pepererit, qui nascitur libe-

§ 89. L'opinion adoptée, qui veut que l'enfant d'une esclave qui a conçu d'un citoyen romain, et enfanté

rum nasci, naturali ratione fit; nam hi qui illegitime concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur : itaque si ex libera nascuntur, liberi fiunt; nec interest, ex quo mater eos conceperit, quum ancilla fuerit; at hi qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt.

après son affranchissement, naisse libre, est basée sur la raison naturelle; car ceux qui sont conçus illégitimement reçoivent leur état à l'époque de leur naissance; aussi naissent-ils libres s'ils naissent d'une mère libre; peu importe de qui leur mère les a conçus, puisqu'elle était esclave; mais les enfants conçus d'un mariage légitime prennent, au contraire, leur état au moment de la conception.

§ 90. Itaque si cui mulieri *civi Romanæ prægnanti* aqua et igni interdictum fuerit, eoque modo peregrina *fiat, et* tunc pariat, complures distinguunt et putant, si quidem ex justis nuptiis conceperit, civem Romanum ex ea nasci, si vero vulgo conceperit, peregrinum ex ea nasci.

§ 90. C'est pourquoi si, pendant qu'elle était grosse, on a interdit l'eau et le feu à une citoyenne romaine, qu'on a ainsi rendue étrangère, et si elle accouche dans cet état, plusieurs auteurs distinguent et pensent que, si elle a conçu dans un mariage légitime, elle enfante un citoyen romain, au lieu que, si elle a conçu vulgairement, elle enfante un étranger.

§ 91. Item si qua mulier civis Romana prægnans ex senatusconsulto Claudiano ancilla facta sit, ob id quod alieno servo *invito et* denuntiante domino ejus *coierit*, complures *distingu*unt et existimunt, si quidem ex justis nuptiis conceperit, civem Romanum ex ea nasci, si vero vulgo conceperit, *servum* nasci ejus, cujus mater facta est ancilla.

§ 91. De même, si une citoyenne romaine devient esclave en vertu du sénatusconsulte Claudien, pendant qu'elle est grosse, parce qu'elle a eu commerce avec un esclave malgré les avertissements et l'opposition du maître de cet esclave, plusieurs auteurs distinguent et pensent que, si elle a conçu d'un mariage légitime, elle enfante un citoyen romain, au lieu que, si elle a conçu vulgairement, elle donne le jour à une esclave qui appartient à celui dont elle est devenue l'esclave.

La faveur due à la liberté fit modifier cet état de choses et décider que l'enfant conçu hors mariage serait libre toutes les fois que, du jour de sa conception à celui de sa naissance, sa mère aurait joui de la liberté, soit momentanément, soit d'une manière continue (LL. 5, §§ 2 et 3, et 18, ff. *de statu hominum*).

§ 92. *Item peregrina* quoque si vulgo conceperit, deinde civis Romana *facta sit et pariat*, civem Romanum parit; si vero ex peregrino, *cui* secundum leges moresque peregrinorum conjuncta est, videtur ex senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum *est*, peregrinus *nasci*, *nisi* patri ejus civitas Romana *quæsita sit*.

§ 92. De même, si une étrangère a conçu vulgairement; si, par la suite, elle est devenue Romaine, et si, après cette acquisition du droit de cité, elle enfante, son fils est également citoyen romain; mais si elle met au jour un enfant conçu d'un étranger avec lequel elle s'était mariée suivant les lois et les usages des étrangers, l'enfant naîtra étranger, comme il résulte d'un sénatus-consulte porté sur la proposition d'Adrien, à moins que le droit de cité romaine n'ait été accordé au père.

§ 93. Si peregrinus, *cum liberis jam natis civitate Romana donatus sit, non aliter filii* in potestate *ejus fiunt, quam si imperator eos in potestatem* redegerit; quod ita demum is facit, si causa cognita æstimaverit hoc filiis expedire : diligentius atque exactius *vero* causam cognoscit de impuberibus absentibusque; et hæc ita edicto divi Hadriani significantur.

§ 93. Si un étranger a acquis le titre de citoyen romain pour lui et ses enfants, postérieurement à la naissance de ces enfants, ces derniers ne seront sous la puissance de leur père que si l'empereur les y place, ce qu'il ne fait que lorsque, après examen de la cause, il juge cela avantageux aux enfants. Il examine avec plus de soin et plus à fond ce qui regarde les enfants impubères et les absents, ainsi qu'il appert d'un édit d'Adrien.

Le droit de puissance paternelle étant de pur droit civil (*suprà*, § 55), il en résultait qu'elle n'appartenait pas aux *peregrini*. L'acquisition postérieure que faisait le pérégrin des

droits de citoyen pour lui et sa famille n'emportait pas virtuellement la puissance paternelle, l'avantage des enfants pouvant nécessiter que cette puissance n'existât pas relativement à eux.

Comme l'enfant conçu en mariage est considéré comme s'il était né, quant aux avantages qui peuvent lui revenir, on conçoit que, dans l'espèce, on ne soumette à la puissance paternelle que l'enfant conçu au sujet duquel l'empereur l'a expressément déclaré.

On a vu que le droit romain avait admis au profit des *Latins* plusieurs modes d'arriver au droit de cité.

§ 94. Item si quis cum uxore prægnante civitate Romana donatus sit, quamvis is qui nascitur, ut supra diximus, Romanus sit, tamen in potestate patris non fit; idque suscriptione divi Hadriani significatur; qua de causa qui intelligit uxorem suam esse prægnantem, dum civitatem sibi et uxori ab imperatore petit, simul ab eodem petere debet, ut eum, qui natus erit, in potestate sua habeat.

§ 94. De même, si quelqu'un a reçu le droit de cité romaine avec son épouse qui était grosse, bien que l'enfant naisse citoyen romain, comme nous l'avons dit plus haut, il n'est cependant pas soumis à la puissance de son père, comme le prouve un rescrit d'Adrien; c'est pourquoi celui qui sait que sa femme est enceinte doit, lorsqu'il demande à l'empereur, pour lui et son épouse, le droit de cité, demander en même temps que l'enfant à naître de son épouse soit placé sous sa puissance.

§ 95. Alia causa est eorum, qui Latini sunt, et cum liberis suis ad civitatem Romanam perveniunt: nam horum *in potestate fiunt* liberi; quod jus quibusdam *peregrinis datum est*.

§ 95. Il n'en est pas ainsi des Latins auxquels on donne droit de cité ainsi qu'à leurs enfants; car ces enfants tombent sous la puissance de leur père; quelquefois on a accordé ce droit aux étrangers.

§ 96. *Latini qui* magistratum gerunt, civitatem Romanam consequuntur; minus latum est, quum hi tantum, qui vel magistratum, vel honorem gerunt ad civitatem Romanam

§ 96. Les Latins qui remplissent les magistratures obtiennent le droit de cité; mais ce droit de cité est moins étendu, puisque ceux-là seuls qui exercent la magistrature et

perveniunt; idque compluribus epistolis principum significatur.

les honneurs obtiennent droit de cité romaine, ainsi qu'il appert de plusieurs rescrits des princes.

La traduction de ce paragraphe, que je donne sur une simple conjecture, me paraît très-vraisemblable. Le droit conféré au moyen de la gestion d'une magistrature est moins étendu que le droit de cité obtenu en vertu de la loi Ælia Sentia ou des S.-C., parce qu'il ne s'étend ni à l'épouse ni aux enfants.

§ 97. *Non solum autem naturales secundum ea, quæ* diximus, in potestate nostra sunt, verum *etiam* hi quos adoptamus.

§ 97. Ce ne sont pas nos enfants naturels seulement qui sont sous notre puissance, ainsi que nous l'avons dit, mais encore nos enfants adoptifs.

L'adoption était un moyen légal de placer sous la puissance d'un père de famille une personne qui n'y était pas. On appelait enfants *adoptifs* les personnes ainsi placées dans une famille civile qui n'était pas la leur, par opposition aux enfants nés ou issus réellement du chef de famille, qui étaient désignés, dans ce cas, sous le nom d'enfants *naturels*.

L'adoption avait le plus souvent pour objet des enfants qui devaient leur naissance à une personne autre que l'adoptant. Toutefois, quand la puissance paternelle avait été dissoute par l'un des moyens dont nous aurons à nous occuper bientôt, il pouvait se faire qu'elle fût reconstituée par une adoption (LL. 12 et 15, § 1, ff. *de adoptionibus*).

Cette parenté civile produisait les effets de la parenté naturelle.

Elle unissait l'adopté à tous les membres de la famille de l'adoptant, mais pendant la durée de l'adoption seulement (L. 23, ff. *ib.*). Elle donnait à l'adopté le nom de l'adoptant et le droit de succéder à ses biens (Cicéron, *Pro domo*, 13, § 35). Mais elle faisait perdre à l'adopté ses droits dans la famille de son père naturel, dont elle détruisait la puissance. Justinien modifia cet état de choses et voulut que, lorsqu'un enfant serait donné en adoption à un étranger, c'est-à-dire à toute autre personne qu'un ascendant, il conservât tous ses droits

dans la famille de son père naturel et restât sous sa puissance. Si l'adoption était faite par un ascendant, elle produisait ses anciens effets (Justinien, *Instit.*, *de adoptionibus*, § 2).

§ 98. Adoptio autem duobus modis fit, aut populi auctoritate, aut imperio magistratus, velut prætoris.

§ 98. Il y a deux sortes d'adoption, celle qui se fait par l'autorité du peuple et celle qui a lieu devant un magistrat, par exemple le préteur.

On distinguait deux espèces d'adoption : l'*adrogation* et l'*adoption*, proprement dite.

§ 99. Populi auctoritate adoptamus eos qui sui juris sunt : quæ species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is, qui adoptat, rogatur, id est, interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, justum sibi filium esse; et is qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur; et populus rogatur, an id fieri jubeat. Imperio magistratus adoptamus eos, qui in potestate parentum sunt, sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est filius et filia, sive inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis.

§ 99. Par l'autorité du peuple, on adopte les personnes *sui juris ;* ce genre d'adoption s'appelle *adrogation*, parce qu'on demande à l'adoptant s'il consent à mettre au rang de ses enfants légitimes celui qu'il veut adopter, et parce qu'on demande à l'adopté s'il y consent, et au peuple s'il ordonne que cela soit. Devant le magistrat, on adopte les fils de famille, soit du premier degré, comme le fils et la fille, soit d'un degré inférieur, comme le petit-fils, la petite-fille, l'arrière-petit-fils, l'arrière-petite-fille.

L'adrogation avait pour objet de faire passer une personne *sui juris* sous la puissance d'un chef de famille. Elle avait pour conséquence de placer sous la puissance de l'adoptant l'adopté et tous ceux qui étaient sous sa puissance. Aussi était-elle soumise à des formes plus rigoureuses que l'adoption d'un fils de famille : elle ne pouvait avoir lieu que par une loi, d'abord, *auctoritate populi*, dit Gaïus, par un rescrit du prince, plus tard (Justin., *loc. cit.*, § 1), probablement à partir du règne de Constantin (L. 6, au C., *de adoption.*).

L'adoption, proprement dite, faisait passer un fils de famille de sa famille dans une autre. Avant Justinien (*V.* § 97), elle

faisait perdre au père de famille qui donnait en adoption, la puissance paternelle, et faisait acquérir cette puissance à l'adoptant. Elle comprenait, en conséquence, une aliénation de la puissance paternelle et une cession de cette même puissance à un autre. Le père mancipait son fils, suivant les formes que nous ferons connaître plus loin; il devait répéter cet acte trois fois, après quoi celui qui avait ainsi acquis le *mancipium* sur ce fils de famille le réclamait par la *cessio in jure*, afin de l'avoir en qualité de fils (Aulu-Gelle, 5, 19; Suétone, *in Aug.*, 64).

Justinien remplaça la mancipation et la cession par un acte dressé devant le magistrat, en présence des parties, l'adoptant, l'adopté et celui qui donnait en adoption, et de leur consentement respectif (*Instit.*, *de adoption.*, § 1). — Quant à l'adopté, il suffisait même qu'il ne s'opposât pas à l'adoption, d'où la conséquence qu'on pouvait adopter même des enfants en bas âge (L. 42, ff. *de adoptionibus*)

§ 100. Et quidem illa adoptio, quæ per populum fit, nusquam nisi Romæ fit : at hæc etiam in provinciis apud præsides earum fieri solet.

§ 100. A la vérité, l'adoption qui se fait par le peuple n'a lieu qu'à Rome ; mais l'adoption proprement dite se fait même devant les présidents des provinces.

Gaïus nous apprend que, de son temps, l'adrogation n'avait jamais lieu dans les provinces. C'était là une suite de l'ancien droit qui ne permettait la réunion du peuple qu'à Rome, d'où la conséquence que l'adrogation ne pouvait se faire ailleurs, une loi curiate étant nécessaire. Du temps de Justinien, cette distinction n'existe plus.

§ 101. Item per populum feminæ non adoptantur, nam id magis placuit. Apud prætorem vero, vel in provinciis apud proconsules legatumve etiam feminæ solent adoptari.

§ 101. De plus, les femmes ne sont pas adoptées par l'autorité du peuple, car cet avis a prévalu. On peut les adopter en présence du préteur, ou du proconsul, ou du lieutenant dans les provinces.

§ 102. Item impuberem apud populum adoptari aliquando prohibitum est, ali-

§ 102. On avait aussi quelquefois prohibé l'adrogation des impubères, de même qu'on

quando permissum est; nunc ex epistola optimi imperatoris Antonini, quam scripsit pontificibus, si justa causa adoptionis esse videbitur, cum quibusdam conditionibus permissum est. Apud prætorem vero et in provinciis apud proconsulem legatumve cujuscunque ætatis adoptare possumus.

l'avait autorisée quelquefois. Maintenant, depuis un rescrit de l'excellent empereur Antonin, adressé aux pontifes, l'adrogation peut avoir lieu sous certaines conditions, s'il y a juste cause d'adoption. Mais on peut adopter une personne de tout âge devant le préteur et le proconsul ou le lieutenant.

Les femmes et les impubères ne pouvaient pas être donnés en adrogation, parce qu'ils ne faisaient pas partie des comices. Mais Antonin le Pieux autorisa l'adrogation des impubères (Ulpien, *Règ.* 8, § 5), et Justinien permit celle des femmes (L. 21, ff. *de adoptionibus*).

Quand l'adrogation des impubères fut permise, elle ne put avoir lieu qu'autant qu'elle était honnête et avantageuse au pupille (Justinien, *Instit.*, *de adopt.*, § 3). —Elle ne se faisait d'ailleurs que sous certaines conditions, à savoir : 1° que l'adrogeant donnât caution à une personne publique (*tabularius*) que, si le pupille mourait avant d'avoir atteint sa puberté, il restituerait ses biens à ceux qui, sans l'adrogation, lui eussent succédé; — 2° que l'adrogeant ne pourrait émanciper l'adrogé qu'en prouvant au magistrat qu'il avait mérité l'émancipation, et que, dans ce cas, il lui rendrait ses biens; — 3° que, si l'adoptant déshéritait l'adrogé en mourant, ou l'émancipait sans motif, il serait condamné à lui laisser le quart de ses propres biens, en sus de ceux qu'il aurait reçus de lui. C'est ce quart qu'on appela la *Quarte Antonine*.

Lorsque l'adrogé était justement émancipé, il reprenait tous ses biens et n'avait aucun droit sur ceux de l'adrogeant. Si l'adrogé atteignait sa puberté sans avoir été émancipé, il pouvait prouver que l'adrogation lui était défavorable et se faire émanciper à l'effet de reprendre tous ses droits (LL. 32 et 33, ff. *de adoptionibus*).

§ 103. Illud vero utriusque adoptionis commune est, quod et hi qui generare non pos-

§ 103. Ceux qui ne peuvent engendrer, tels que les spadons, peuvent cependant

sunt, quales sunt spadones, adoptare possunt.

§ 104. Feminæ vero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in potestate habent.

adopter et prendre en adrogation.

§ 104. Mais les femmes ne peuvent point adopter ni prendre en adrogation, parce qu'elles n'ont pas même leurs enfants naturels sous leur puissance.

Les femmes ne pouvaient adopter, soit comme adrogeantes, soit par l'adoption proprement dite, par la raison qu'elles n'avaient jamais la puissance paternelle. — Mais Dioclétien et Maximien permirent l'adoption à une mère pour la consoler de la perte de ses enfants (L. 5, au Code, *de adoption.*). Justinien décide (*de adopt.*, § 10), en règle générale, que la bienveillance impériale peut, dans ce cas, autoriser l'adoption au profit d'une mère. Qu'on remarque, toutefois, que l'adoption ne produit pas la puissance paternelle et n'établit entre l'adoptante et l'adopté que les rapports de la mère avec les enfants naturels qu'elle aurait.

§ 105. Item si quis per populum, sive apud prætorem, vel apud præsidem provinciæ adoptaverit, potest eumdem alii in adoptionem dare.

§ 105. Nous pouvons également donner en adoption nos enfants adoptifs, soit chez le préteur, soit chez le président de la province.

§ 106. Sed *et* illa quæstio, an minor natu majorem natu adoptare possit, utriusque adoptionis communis est.

§ 106. C'est une question commune aux deux genres d'adoption, que celle de savoir si l'on peut adopter quelqu'un qui est plus agé que l'adoptant.

Plus tard, il fut décidé que l'adoptant devait être plus âgé que l'adopté. Il devait avoir au moins 18 ans de plus que l'adopté dans le cas d'adoption simple, et être âgé de 60 ans au moins dans celui d'adrogation (L. 40, ff. *de adopt.;* — Justin., *Instit., de adopt.*, § 4, et L. 15, § 2, ff. *eod.*).

§ 107. Illud proprium est ejus adoptionis, quæ per populum fit, quod his, qui libe-

§ 107. Une circonstance propre à l'adrogation, c'est que celui qui, ayant des en-

ros in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subjicitur, sed etiam liberi ejus in ejusdem fiunt potestate, tanquam nepotes.

fants sous sa puissance, se donne en adoption, n'entre pas seul sous la puissance de l'adrogeant, mais ses enfants y entrent également au rang de petits-fils.

§ 108. *Nunc de his personis videamus quæ in manu nostra sunt; quod* et ipsum jus proprium civium Romanorum est.

§ 108. Parlons maintenant des personnes qui se trouvent sous notre main; c'est aussi un droit qui est propre aux citoyens romains.

§ 109. Sed in potestate quidem et masculi et feminæ esse solent: in manum autem feminæ tantum conveniunt.

§ 109. Les personnes des deux sexes sont soumises à la puissance; les femmes seules peuvent être *in manu*.

§ 110. Olim tribus modis in manum conveniebant: usu, farreo, coemptione.

§ 110. Autrefois les femmes passaient sous la main de trois manières: par l'*usage*, par la *confarréation* et par la *coemption*.

De ce que rapporte Gaïus il résulte que le mariage ne suffisait pas pour mettre la femme *in manu mariti*. Ce pouvoir ne s'acquérait que par l'*usage*, par la *confarreatio* ou par la *coemptio* (§ 136).— Notre auteur explique suffisamment la manière dont s'accomplissait chacun de ces modes de conférer la *manus*.

§ 111. Usu in manum conveniebat quæ anno continuo nupta perseverabat: nam velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transiebat, filiæque locum obtinebat; itaque lege Duodecim Tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, *ut quotannis* trinoctio abesset, atque *ita usum* cujusque anni interrumperet; sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, par-

§ 111. La femme qui était restée mariée une année continue tombait *in manu* par l'usage; car elle était comme usucapée par la possession annale; elle passait dans la famille de son mari et y obtenait le degré de fille. Aussi la loi des Douze Tables avait-elle décidé que si une femme ne voulait pas entrer de cette manière sous la main de son mari, elle pouvait interrompre l'usucapion, en s'absentant

tim ipsa desuetudine obliteratum est.

pendant trois nuits chaque année du domicile de son mari ; mais une partie de ce droit a été abrogée par les lois, l'autre partie est tombée en désuétude.

Quand la femme passait sous la *manus*, elle prenait dans la famille de son mari le rang et les droits de fille. De là découlaient les conséquences suivantes : 1° la femme *in manu* était *loco sororis* pour les enfants de son mari (C. 3, § 14); —2° elle était *loco neptis* de son beau-père quand son mari était *filius-familias* (C. 2, § 159); —3° son mari pouvait lui donner un tuteur par testament (*infrà*, § 148); — 4° les acquisitions qu'elle faisait étaient pour son mari (C. 2, § 90), qui succédait à ses droits actifs et était tenu de ses obligations (C. 3, §§ 83 et 84).

La femme *in manu* perdait-elle ses droits d'agnation dans sa propre famille?— V. *infrà*, § 136.

§ 112. Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii *quod* farreo fit, in quo farreus panis adhibetur : unde etiam confarreatio dicitur ; *sed com*plura præterea hujus juris ordinandi gratia cum certis et solemnibus verbis, præsentibus decem testibus aguntur et fiunt; quod jus etiam nostris temporibus in usu est : nam flamines majores, id est, diales, martiales, quirinales, sic*ut reges* sacrorum nisi *sint* confarreatis nuptiis *geniti inaugurari non videmus*.

§ 112. On entre *in manu* par confarréation, au moyen d'une sorte de sacrifice qui se fait avec un gâteau de farine qu'on ajoute au sacrifice : de là vient le nom de *confarréation;* mais plusieurs autres formalités sont accomplies pour cette cérémonie, avec certaines paroles solennelles, et en présence de dix témoins. Cette cérémonie est encore en usage à notre époque ; car les flamines majeurs, c'est-à-dire les prêtres de Jupiter et de Mars, ceux de Romulus, de même que les empereurs, ne peuvent être inaugurés s'ils ne sont nés de parents mariés avec confarréation.

§ 113. *Coemptione in manum conveniunt* per mancipationem, *quæ fit*, per quan-

§ 113. Les femmes entrent *in manu* par coemption au moyen d'une mancipation qui

dam imaginariam venditionem, adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende una cum muliere, *eoque* cujus in manum convenit.

a lieu par une vente fictive, en présence de cinq témoins au moins, citoyens romains pubères, d'un porte-balance, de la femme et de celui sous la main duquel elle passe.

V., § 119, les formalités de la mancipation.

§ 114. Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo, *quare* aut matrimonii causa facta coemptio dicitur, aut fiduciæ causa; *quæ* enim cum marito suo facit coemptionem, *ut* apud eum filiæ loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem : quæ vero alterius rei causa facit coemptionem cum extraneo, velut tutelæ evitandæ causa, dicitur fiduciæ causa fecisse coemptionem.

§ 114. Mais une femme peut faire la coemption, non-seulement avec son mari, mais encore avec un étranger; aussi y a-t-il deux coemptions : celle qui se fait pour cause de mariage, et celle qui a lieu pour cause de fiducie. La femme qui fait la coemption avec son mari, afin d'être considérée comme sa fille, est réputée avoir accompli la coemption pour cause de mariage; celle, au contraire, qui fait la coemption avec un étranger pour une autre cause, comme pour se soustraire à la tutelle, est dite avoir fait la coemption pour cause de fiducie.

On distinguait la coemption *matrimonii causa* de la coemption fiduciaire. La première avait lieu de la part de la femme qui voulait entrer dans la famille de son mari *loco filiæ ;* la seconde, de la part de la femme qui se proposait un autre but, comme de changer de tuteur. Cette seconde coemption pouvait avoir lieu même avec le mari.

§ 115. Quod est tale : si qua velit quos habet tutores reponere, ut alium nanciscatur, *illis auctoribus* coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tuto-

§ 115. La coemption pour cause de fiducie se pratique ainsi : lorsqu'une femme veut repousser ses tuteurs pour en choisir un autre, elle remplit la coemption avec l'autorisation de ces tuteurs; elle est ensuite rémancipée par le

rem, quo manumissa est : qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferius apparebit.

Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio; tunc enim non aliter testamenti faciendi jus habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipatæque et manumissæ fuissent; sed hanc necessitatem coemptionis faciendæ ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit; cens*ebantur enim* feminæ ac infantes *restituendum esse : si qua tamen* fiduciæ causa cum *viro suo* fecerit *coemptionem*, nihilominus filiæ loco incipit esse; nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam *jus* filiæ nancisci.

coemptionateur à celui qu'elle choisit; celui-ci l'affranchit par la vindicte et devient aussitôt son tuteur : on l'appelle *tuteur fiduciaire*, comme on le verra plus loin. Autrefois, les femmes avaient recours à la coemption fiduciaire, afin de pouvoir faire un testament; car alors, à l'exception de certaines personnes, les femmes ne pouvaient pas tester, à moins qu'elles n'eussent accompli la coemption, qu'on ne les eût rémancipées et affranchies. On considérait, en effet, qu'elles étaient restituables comme les mineurs; mais le sénat, sur la proposition d'Adrien, a fait remise de la nécessité de cette coemption. Si cependant une femme a accompli la coemption fiduciaire avec son mari, elle entre néanmoins au rang de fille de son mari; car, quelle que soit la cause qui a fait passer la femme sous la main de son mari, cette femme a les droits d'une fille.

La coemption fiduciaire avait pour cause : 1° un changement de tuteur que la femme voulait obtenir; 2° la possibilité de faire un testament, qui était exclusivement réservée aux vestales et aux femmes sans agnats, à moins qu'elles n'eussent fait coemption et eussent été affranchies à la suite; 3° l'extinction des sacrifices privés. Notre texte s'occupe des deux premières causes de coemption. C'est Cicéron qui nous révèle la troisième. Il dit, en effet, dans son plaidoyer *pro Murena*, 12, que les jurisconsultes ont imaginé des ventes simulées avec des vieillards, *coemptiones*, pour éluder les sacrifices. La coemption faisait passer les droits et les charges de la femme sur la tête du coemptionateur qui mancipait la femme, laquelle,

étant ensuite affranchie, recouvrait ses biens, laissant les charges, notamment le service des *sacra*, au vieillard, dont la succession, presque toujours insolvable, ne pouvait plus tard remplir les obligations.

Sous Justinien, il n'est plus question de puissance maritale. Les femmes mariées restent dans leur famille naturelle, où elles conservent leurs droits d'agnation et n'entrent pas dans celle de leur mari.

Disons, en terminant, qu'à la différence de la puissance paternelle, la *manus* pouvait cesser par la volonté seule de la femme, qui, en envoyant à son mari un acte de répudiation, le contraignait à la libérer de la *manus* (texte, § 137).

§ 116. Superest, ut exponamus, quæ personæ in mancipio sint.

§ 116. Il nous reste à parler des personnes qui sont sous le *mancipium*.

§ 117. Omnes igitur liberorum personæ, *sive* masculini, *sive* femini *sexus*, *si* in potestate parentis sunt, mancipari ab hoc eodem modo possunt, quo etiam servi mancipari possunt.

§ 117. Toutes les personnes, hommes ou femmes, placées sous la puissance paternelle, peuvent être mancipées de la manière dont on mancipe les esclaves.

On pouvait manciper ou mettre en *mancipium* les personnes libres qu'on avait sous sa puissance, absolument comme on mancipait les esclaves. Notre texte explique suffisamment, au § 119, comment s'accomplissait la mancipation.

§ 118. Idem juris est in earum personis, quæ in manu sunt; nam feminæ a coemptionatoribus eodem modo possunt *mancipari, adeo ut quamvis ea sola* apud coemptionatorem filiæ loco sit *quæ juste ei* nupta sit, nihilominus etiam quæ ei nupta non est, nec ob id filiæ loco sit, ab eo mancipari possit. Plerumque solum et a parentibus et a coemptionatoribus mancipantur, quum velint parentes coemptionato-

§ 118. On peut aussi manciper les personnes qui sont *in manu;* car les femmes peuvent être mancipées de cette manière par leur coemptionateur : bien qu'il n'ait au rang de fille que celle qu'il a épousée, néanmoins celle qui n'est pas son épouse, et qui, par conséqnent, n'est pas au nombre de ses filles, peut être donnée par lui en *mancipium*. Le plus souvent, les ascendants et les coemptionateurs

resque e suo jure eas personas dimittere, sicut inferius evidentius apparebit.

font la mancipation, lorsqu'ils veulent se démettre de leur puissance à l'égard des personnes qui y sont soumises, ainsi qu'il apparaîtra plus clairement plus loin.

Il faut entendre le § 118 en ce sens que non-seulement les femmes mariées qui sont *in manu mariti* soit par l'usage, soit par la *confarreatio*, soit par la *coemptio*, mais encore celles qui se sont données en *coemptio* pour cause de fiducie, peuvent être données en *mancipium*. On voit par le paragraphe 123 que la condition de la femme qui s'était donnée en *coemptio* différait de celle des personnes en *mancipium*, en ce que la femme donnée en *coemptio* n'était pas en condition servile, à la différence des personnes en *mancipium*.

§ 119. Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quædam venditio : quod et ipsum jus proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur : adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus, et præterea alio ejusdem conditionis, qui libram æneam teneat, qui appellatur libripens ; is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit : HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO, ISQUE MIHI EMPTUS EST HOC ÆRE ÆNEAQUE LIBRA : deinde ære percutit libram, idque æs dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.

§ 119. Comme nous l'avons déjà dit, la mancipation est une vente fictive : c'est un droit propre aux citoyens romains ; cette vente se fait ainsi : cinq témoins au moins, tous citoyens romains et pubères sont présents, avec une autre personne de la même condition, laquelle tient une balance, et qu'on appelle porte-balance ; l'acheteur qui reçoit en *mancipium* dit, en touchant la chose : « JE PRÉTENDS QUE CET ESCLAVE EST MIEN SUIVANT LE DROIT DES QUIRITES ; JE L'AI ACHETÉ AVEC CET AIRAIN ET AU MOYEN DE CETTE BALANCE D'AIRAIN ; » ensuite il touche la balance avec l'airain, qu'il donne à celui qui fait la mancipation, en signe du prix de la chose.

§ 120. Eo modo et serviles et liberæ personæ mancipantur ; animalia quoque quæ mancipi sunt, quo in numero

§ 120. C'est de cette manière qu'on mancipe les esclaves et les hommes libres, comme aussi les animaux

habentur boves, equi, muli, asini; item prædia tam urbana quam rustica, quæ et ipsa mancipi sunt, qualia sunt Italica, eodem modo solent mancipari.

qui sont choses *mancipi*, tels que les bœufs, les chevaux, les mulets et les ânes ; ainsi que les héritages urbains et ruraux qui sont choses *mancipi*, tels que les champs italiques.

Les personnes mises sous le *mancipium* étaient assimilées à des esclaves ; toutefois elles conservaient leur qualité d'hommes libres (Paul, *Sent.* v, 1, § 1) et ne pouvaient être possédées. Les choses acquises par elles l'étaient pour celui sous le *mancipium* duquel elles se trouvaient (Com. 2, § 90). —Le mariage n'était pas dissous par la mise *in mancipio* (texte, § 135). Il n'était pas permis à celui qui avait une personne en *mancipium* de l'outrager, sans quoi il était tenu de l'action d'injures. Le plus souvent, le *mancipium* ne durait qu'un instant, sauf le cas où il avait eu lieu par suite d'un abandon noxal (§ 141). — *V.* Com. 4, §§ 75 et suiv. —Au temps de Justinien, il n'était plus question du *mancipium*.

§ 121. In eo solo prædiorum mancipatio a cæterorum mancipatione differt, quod personæ serviles et liberæ, item animalia, quæ mancipi sunt, nisi in præsentia sint, mancipari non possunt, adeo quidem ut eum, *qui* mancipio accipit, apprehendere id ipsum quod ei mancipio datur necesse sit : unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur ; prædia vero absentia solent mancipari.

§ 121. La mancipation des héritages diffère de celle des autres choses, en cela seulement que les personnes libres et les esclaves, de même que les animaux qui sont choses *mancipi* , ne peuvent être mancipés que s'ils sont présents , tellement que celui auquel on mancipe doit nécessairement saisir et prendre ce qu'on lui donne en *mancipium :* de là vient le nom de mancipation , parce qu'on prend la chose avec la main ; mais les champs sont habituellement mancipés quoique non présents.

§ 122. Ideo autem æs et libra adhibetur, quia olim æreis tantum nummis utebantur, et erant asses , dupondii, semisses et *quadrantes* , nec

§ 122. On emploie l'airain et la balance, parce qu'autrefois on ne se servait que de pièces d'airain ; ces pièces étaient du poids de deux livres, de six

ullus aureus vel argenteus nummus in usu erat. sicut ex lege XII Tabularum intelligere possumus ; eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere. . . . . asses librales erant ; et dupondii fuerant. . . . . *et adhuc* dupondius dicitur, *quia duplici* ponderis nomen adhuc in usu retinet, semissæ *libræ* et quadrante pro rata scilicet portione abrogat*is*. . . . . *itaque si* cuidam ab *alio pecunia solvenda erat*, *is non* numerabat eam, sed appendebat ; unde servi, quibus p*ecunia erat* com*m*issa, *ab* origin*e* dupondii appellati sunt et ad onera ad*vocati*.

onces et de trois onces ; et l'on ne se servait jamais de pièce d'or ou d'argent, comme le prouve la lecture de la loi des Douze Tables ; la valeur de ces pièces ne consistait pas dans leur quantité, mais dans leur poids. Il y avait des pièces d'une livre et de deux lives. . . . . on dit encore pièces de deux livres, parce que le nom de double pesée est conservé par l'usage ; la demi-livre et le quart de livre, c'est-à-dire une portion certaine de la livre, ne sont plus en usage (*illisible*). C'est pourquoi, lorsqu'il y avait un payement à faire, on ne comptait pas l'argent, mais on le pesait ; de là vient que les esclaves auxquels on confiait l'administration de l'argent sont encore nommés peseurs, à cause de l'origine de leurs fonctions.

§ 123. Si *tamen* quærat aliquis, qua in *re* differat *coemptio* a mancipati*one*, necesse est, eam *quidem*, *quæ coemptionem faceret*, nullo modo *servilem conditionem ad*eptam esse, sed liberam permansisse : *ex diver*so mancipati mancipatæve servorum loco constituuntur, adeo quidem, ut ab eo, cujus in mancipio sunt, neque hæreditates, neque legata aliter capere possint, quam si simul eodem testamento liberi esse jubeantur, sicuti juris est in persona servorum ; sed differentiæ ratio manifesta est, quum a pa-

§ 123. La coemption diffère de la mancipation, en ce que la femme qui se donne en coemption ne se place jamais dans une condition servile ; au lieu que, à l'inverse, les personnes données en *mancipium* sont considérées comme esclaves, à tel point qu'elles ne peuvent recevoir ni hérédité ni legs de celui qui les a en *mancipium*, qu'autant qu'elles reçoivent en même temps la liberté testamentaire, comme cela a lieu pour les esclaves ; mais la raison de cette différence est manifeste, si l'on observe que les pères de famille et les

rentibus et a coemptionatoribus iisdem verbis mancipio accipiantur, quibus servi; quod non simile *fit* in *coemptione*.

coemptionateurs se servent, pour donner en *mancipium*, des paroles qu'on emploie pour manciper les esclaves, paroles qui diffèrent dans la coemption.

On verra, sous les §§ 138 et suivants, comment le *mancipium* prenait fin.

§ 124. Videamus nunc, quibus *modis ii*, *qui* alieno juri subjecti sunt, eo jure liberentur.

§ 124. Voyons maintenant comment ceux qui sont soumis au droit d'autrui peuvent en être libérés.

§ 125. Ac prius de his dispiciamus, qui in potestate sunt.

§ 125. Occupons-nous d'abord de ceux qui sont sous la *puissance*.

§ 126. Et quidem *servi quemadmodum potestate liberentur*, *ex iis intelligere* possumus, quæ de servis manumittendis superius exposuimus.

§ 126. Ce que nous avons dit plus haut touchant les esclaves qu'on veut affranchir nous explique comment ils sortent de la puissance dominicale.

Nous avons expliqué, sous le § 17, comment se dissolvait la puissance dominicale. Nous n'y reviendrons pas.

§ 127. Hi vero, qui *in potestate parentis sunt*, *mortuo eo sui juris fiunt; sed hoc* distinctionem recipit; nam *mortuo patre sane* omnimodo filii filiæve sui juris efficiuntur : mortuo vero avo *non omnimodo nepotes neptesque* sui *juris fiunt, sed ita*, *si post mortem avi* in patris sui potestatem recasuri non *sunt; itaque* si *moriente avo pater eorum vivat et in potestate* patris fuerit, tunc post *obitum avi* in potestate patris *sui fiunt; si vero is*, quo tempore avus moritur, *aut jam mor-*

§ 127. Ceux qui sont sous la puissance d'un ascendant deviennent *sui juris* à sa mort, sauf une distinction : en effet, à la mort du père, les fils et les filles deviennent toujours *sui juris;* mais, à la mort de l'aïeul, les petits-fils et les petites-filles ne deviennent pas toujours *sui juris*, mais seulement lorsque, à la mort de leur aïeul, ils ne doivent pas retomber sous la puissance de leur père; aussi, lorsque, à la mort de l'aïeul, le père se trouvait sous sa puissance, les enfants tom-

tuus est, *aut exiit de potestate patris*, *tunc ii, qui* in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.

bent sous la puissance de leur père après le décès de leur aïeul. Mais si le père, à la mort de l'aïeul, est décédé ou n'est pas sous la puissance de cet aïeul, les petits-enfants, qui ne peuvent tomber sous la puissance de leur père, deviennent *sui juris*.

La puissance paternelle prenait fin de plusieurs manières : ainsi, elle cessait par la mort du père de famille à l'égard des fils ou filles du premier degré, et, à l'égard des enfants d'un degré inférieur, alors qu'ils ne devaient pas tomber sous la puissance d'un enfant d'un degré supérieur, quand cet enfant était prédécédé ou sorti lui-même de la puissance de l'aïeul.

§ 128. Quum autem is, cui ob aliquod maleficium ex lege pœnali aqua et igni interdicitur, civitatem Romanam amittat, sequitur, ut qui eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, proinde ac mortuo eo desinant liberi in potestate ejus esse ; nec enim ratio patitur, ut peregrinæ homo conditionis civem Romanum in potestate habeat pari ratione et si ei qui in potestate parentis sit, aqua et igni interdictum fuerit, desinit in potestate parentis esse, quia æque ratio non patitur, ut peregrinæ conditionis homo in potestate sit civis Romani parentis.

§ 128. Lorsqu'un homme auquel on a interdit l'eau et le feu, en punition de ses crimes, perd le droit de cité romaine, il arrive que celui qui est ainsi retranché du nombre des citoyens cesse d'avoir ses enfants sous sa puissance, comme s'il était mort ; la raison n'admet pas, en effet, qu'un étranger ait sous sa puissance un citoyen romain. Par une raison semblable, lorsque l'enfant, soumis à la puissance de son père, est condamné à l'interdiction de l'eau et du feu, il cesse d'être sous la puissance de son père, parce que nos principes ne sauraient admettre qu'un étranger soit soumis à la puissance d'un citoyen romain.

La puissance paternelle était dissoute également par la perte du droit de cité, soit de la part du père, soit de la part du fils.

§ 129. Quod si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus interim hostium fiat, pendet jus liberorum propter jus postliminii, quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt; itaque reversus habebit liberos in potestate. Si vero illic mortuus sit, erunt quidem liberi sui juris; sed utrum ex hoc tempore, quo mortuus est apud hostes parens, an illo ex quo ab hostibus captus est, dubitari potest. Ipse quoque filius nepósve si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus, propter jus postliminii potestatem quoque parentis in suspenso esse.

§ 129. Si un père est fait prisonnier par les ennemis, bien qu'il devienne l'esclave des ennemis, pendant sa captivité, l'état de ses enfants est en suspens à cause du droit de *postliminium*, qui veut que les prisonniers faits par l'ennemi reprennent tous leurs anciens droits dès qu'ils sont de retour ; aussi reprennent-ils leurs enfants sous leur puissance. Si, au contraire, le prisonnier meurt chez l'ennemi, ses enfants seront, il est vrai, *sui juris;* mais c'est une question de savoir s'ils le seront dès l'instant de la mort de leur père seulement ou depuis l'époque où sa captivité a commencé. Si le fils ou petit-fils est pris par l'ennemi, nous disons également que le droit de *postliminium* suspend la puissance paternelle.

Si le père ou le fils était fait prisonnier par l'ennemi, la puissance paternelle était en suspens, de telle sorte qu'elle reprenait son autorité dès que la captivité cessait, suivant quelques-uns, et qu'elle était considérée comme ayant toujours existé, suivant d'autres dont le sentiment finit par prévaloir (Justin., *Instit.*, lib. I, tit. XII, § 5).

§ 130. Præterea exeunt liberi virilis sexus de patris potestate, si flamines diales inaugurentur, et feminini sexus si virgines vestales capiantur.

§ 130. La puissance paternelle qui s'exerce sur les mâles cesse encore lorsqu'ils reçoivent la dignité de flamines de Jupiter; celle qui s'exerce sur les femmes cesse lorsqu'elles sont nommées vestales.

La relégation dans une île ne faisait pas cesser la puissance paternelle (Justin., *Instit.*, lib. XII, § 2).

L'élévation du fils de famille à la dignité de flamine y mettait fin, ainsi que la nomination de la fille comme vestale. Mais, sous les empereurs chrétiens, il n'en fut plus ainsi.

Le fils de famille qui devenait soldat, sénateur ou consul, restait sous le pouvoir du père. Il n'en était pas de même, sous Justinien, de celui qui devenait *patrice*, dignité créée par Constantin (Justin., *Instit.*, lib. I, II, § 4). — La dignité d'évêque et celle de consul libérait de la puissance paternelle, au temps de Justinien (Nov. 81). Il en était de même de celle de préfet du prétoire, de questeur du palais, de maître de la cavalerie ou de l'infanterie. Au surplus, ceux qui étaient revêtus de ces dignités ne perdaient pas leurs droits de famille (L. 66, au C., *de decurionibus*, et Nov. 81).

§ 131. Olim quoque, quo tempore populus Romanus in Latinas regiones colonias deducebat, *qui jussu* parentis *profecti erant in latinam coloniam, de patria potestate exire videbantur, quum qui ita civitate Romana cesserant* acciperentur alterius civitatis cives.

§ 131. Au temps où le peuple romain formait des colonies dans les pays latins, celui qui, du consentement de son père, partait pour une colonie latine, sortait de la puissance paternelle, parce que ceux qui étaient reconnus citoyens d'une autre cité perdaient ainsi la qualité de citoyens romains.

Le père qui allait s'établir dans une colonie latine perdait, autrefois, ses droits de puissance paternelle (V. *suprà*, sous le § 22).

§ 132. Emancipatione *quoque desinunt liberi in potestate* parentum *esse; sed* filius quidem ter *mancipatus sui juris fit, cœteri* vero liberi, sive masculini sexus, sive feminini, una mancipatione exeunt de parentum potestate; lex enim XII Tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur, *his* verbis : SI PATER FILIUM *TER VENUM DUIT*, *FI-*

§ 132. L'émancipation dissout aussi la puissance paternelle; mais le fils ne devient *sui juris* qu'après trois mancipations, au lieu que tous les autres descendants, mâles ou non, sortent de la puissance paternelle par une seule mancipation. La loi des Douze Tables, en effet, parle de trois mancipations relativement à la personne des fils seulement, et en ces termes : « SI

LIUS A PATRE LIBER ESTO. *Eaque* res ita agitur : mancipat pater filium alicui ; is eum vindicta manumittit : eo facto revertitur in potestatem patris ; is eum iterum mancipat vel eidem, vel alii ; sed in usu est, eidem mancipari ; isque manumittit postea similiter *vindicta ; quo facto*, *filius* rursus in potestatem patris revertitur ; *tunc* tertio pater eum mancipat vel eidem, vel alii ; sed hoc in usu est, ut eidem mancipet *eaque* mancipat*ione desinit in potestate patris esse ;* nam si nondum manumissus sit, sed adhuc in causa mancipii *est*, *quæ causa solvetur facile*, *sicut inferius apparebit.*

Igitur quum tertio mancipatus fuerit filius a patre naturali, is hoc agere debet, ut filius ipsi remancipetur, deinde vero eum manumittere, quo fit, ut si filius mortuus fuerit, ei naturalis pater, non fiduciarius succedat ; idem quoque dicemus de feminis et nepotibus masculis ex filio, quos una emancipatione de patris vel avi potestate exire superius exposuimus. Nam et his, nisi a fiduciario remancipati fuerint, et postea a patre naturali manumissi, non hic sed ille successurus esset.

UN PÈRE A DONNÉ SON FILS TROIS FOIS EN VENTE, QUE CE FILS SOIT LIBRE DE LA PUISSANCE DE SON PÈRE. » La manumission se fait ainsi : le père mancipe son fils à quelqu'un qui l'affranchit par la vindicte : par ce fait, le fils rentre sous la puissance paternelle ; le père mancipe de nouveau son fils à la même personne ou à toute autre ; mais l'usage est de manciper à la même personne. Cette personne affranchit de nouveau par la vindicte ; le fils rentre encore par là sous la puissance paternelle ; alors le père fait une troisième mancipation soit à la même personne, soit à une autre ; mais l'usage est de la faire à la même personne, et cette dernière mancipation dissout la puissance paternelle ; car, quoique le fils ne soit pas encore émancipé, il n'est plus soumis qu'au seul *mancipium*, qui se dissout facilement, comme il apparaîtra plus bas.

Lorsque le fils a été mancipé trois fois par le père naturel, celui-ci doit faire que son fils lui soit rémancipé, et, après cela, il doit l'affranchir, ce qui fait que, si ce fils meurt avant lui, son père lui succède, et non pas son patron fiduciaire : il en faut dire autant des filles et des petits-fils mâles par les fils, descendants qui sortent, comme nous l'avons vu, de la puissance de leur père, ou de leur aïeul, par une seule mancipation. Mais,

*s'ils n'avaient pas été rémancipés par l'acheteur fiduciaire et affranchis ensuite par le père naturel, ce n'est pas ce dernier, mais l'acheteur fiduciaire qui serait leur héritier. (La fin de ce paragraphe est empruntée à l'*Epitomé des Instit. de Gaïus.)

L'émancipation était le moyen le plus fréquemment employé pour faire cesser volontairement la puissance paternelle. Gaïus en retrace ici les formes. En se reportant *suprà*, 119, et en recourant au C. 2, § 24, on verra en quoi consistaient la mancipation que faisait le père et l'affranchissement par la *vindicte* que faisait l'acheteur du fils. Au temps des empereurs, l'émancipation se faisait aussi par rescrit du prince. Mais, d'après Justinien, les ascendants n'avaient plus qu'à se présenter directement devant les juges ou magistrats compétents (le préteur ou le président dans les provinces) et à lui déclarer qu'ils voulaient affranchir de leur puissance leurs fils, filles, petits-fils, petites-filles ou autres. Le magistrat rendait un édit dans ce sens, et l'enfant ou descendant voyait cesser le pouvoir de l'émancipateur (*Instit., quib. mod. jus potest. solv.*, § 6).

§ 133. *Admonendi autem sumus, liberum esse arbitrium ei, qui filium et ex eo nepotem vel neptem in potestate habebit, filium quidem potestate dimittere, nepotem vero vel neptem in potestate retinere; vel ex diverso filium quidem in potestate retinere, nepotem vero vel neptem manumittere, vel omnes sui juris efficere. Eadem et de pronepote et pronepte dicta esse intelligimus.*

§ 133. *Nous devons avertir que celui qui a son fils sous sa puissance, et aussi son petit-fils et sa petite-fille par ce fils, peut renvoyer son fils de sa puissance, et y retenir son petit-fils et sa petite-fille; ou, à l'inverse, il lui est permis de retenir son fils en sa puissance, lorsqu'il affranchit son petit-fils ou sa petite-fille, comme aussi il lui est permis de les rendre tous* sui juris. *La même règle s'applique à l'arrière-petit-fils et à l'arrière-petite-fille. (Ce paragraphe est restitué d'après la L. 28, au* D.,

de adoptionibus et emancip., *ayant pour inscription : « Gaïus, au liv.* I *de ses* Instit.; » *et d'après le* § 7, *tit.* XII, *liv.* I, Instit. *de Justinien.*)

Le père de famille avait la faculté d'émanciper son fils seul en conservant ses petits-fils ou petites-filles sous sa puissance, ou de n'émanciper que ses petits-fils ou petites-filles en retenant le fils en puissance, ou, enfin, de les émanciper tous à la fois ou successivement.

Le père de famille n'était forcé d'émanciper ses enfants ou petits-enfants que dans les cas suivants : 1° s'il avait prostitué ses filles ou petites-filles ; 2° s'il avait exposé ses enfants ; 3° s'il avait contracté un mariage incestueux; 4° si l'enfant, qui avait été adopté pendant qu'il était impubère, faisait dissoudre l'adoption qui lui était préjudiciable (L. 6, au C., *de spectaculis ;* — L. 2 , *eod., de infantibus expositis ;* — Nov. 132, c. 1, — Nov. 12, c. 2 ; — LL. 32 et 33, ff. *de adoptionibus*).

§ 134. *Per adoptionem finitur quoque patria potestas*, ac intercedentes manumissiones proinde fiunt, ac fieri solent, quum ita eum pater de potestate dimittit, ut sui juris efficiatur; deinde aut patri remancipatur, et ab eo is, qui adoptat, vindicat apud prætorem filium suum esse , et, illo contra non vindicante, *a* prætore vindicanti filius addicitur; aut jure mancipatur patri *adoptivo vindicanti filium ab eo apud quem is in tertia* mancipatione est : sed sane commodius est, patri remancipari. In cæteris vero liberorum personis, seu masculini, seu feminini sexus, una scilicet mancipatio sufficit, et aut remancipantur parenti , aut

§ 134. La puissance paternelle se dissout encore par l'adoption, et les manumissions qui interviennent se font comme lorsque le père renvoie son fils de sa puissance pour le rendre *sui juris ;* ensuite on rémancipe le fils au père, et l'adoptant, en présence du préteur, le vendique du père comme son propre fils ; le père ne revendiquant pas, le fils est adjugé au vendiquant par le préteur ; ou bien le fils est mancipé, conformément au droit, par celui sous la puissance duquel il se trouve à la troisième mancipation, au père adoptif qui le vendique pour son fils ; mais il est plus avantageux de rémanciper le fils à son père.

jure mancipantur. Eadem et in provinciis apud præsides provinciarum solent fieri.

Pour les enfants autres que le fils, qu'ils soient mâles ou non, une seule mancipation suffit; on les rémancipe au père naturel, ou ils sont mancipés suivant le droit. Dans les provinces, les choses se passent ainsi chez les présidents.

Voyez ce que nous disons sous les §§ 97 et suiv. — Les mots *aut jure mancipantur* doivent s'entendre en ce sens que les enfants sont rémancipés à tout autre que le père, parce que la rémancipation, au lieu d'être faite à ce dernier, peut être faite à un tiers. Le mot *jure*, qui se trouve deux fois dans le § 134, est, du reste, fort embarrassant. Je n'oserais pas garantir comme certaine la version que j'en ai donnée.

§ 135. Qui ex filio semel iterumve mancipato conceptus est, licet post tertiam mancipationem patris sui nascatur, tamen in avi potestate est, et ideo ab eo et mancipari, et in adoptionem dari potest. At is qui ex eo filio conceptus est, qui in tertia mancipatione est, non nascitur in avi potestate; sed eum Labeo quidem existimat in ejusdem mancipio esse, cujus et pater sit. Utimur autem hoc jure, ut quandiu pater ejus in mancipio sit, pendeat jus ejus; et si quidem pater ejus ex mancipatione manumissus erit, cadit in ejus potestatem; si vero is, dum in mancipio sit, decesserit, sui juris fit. Et de * *adoptione* licet * *agatur*. . . . . ut supra diximus, quod in filio faciunt tres mancipationes, hoc facit una mancipatio in nepote.

§ 135. L'enfant conçu d'un fils mancipé une ou deux fois, bien qu'il naisse postérieurement à la troisième mancipation de son père, naît néanmoins sous la puissance de son aïeul, qui peut, par conséquent le manciper et le donner en adoption. Mais l'enfant conçu d'un fils qui a été mancipé trois fois ne naît pas sous la puissance de son aïeul. Labéon pense que cet enfant naîtra sous la puissance de celui sous le *mancipium* duquel se trouvait son père au temps de sa conception; mais nous usons de ce droit: pendant que le père est soumis au *mancipium*, le droit de l'enfant est en suspens, et si le père est émancipé, le fils tombe sous sa puissance; mais si, au contraire, le père meurt étant soumis au *mancipium*, l'enfant naît *sui juris*. Et lorsqu'il y a lieu à adoption, une seule manci-

pation suffit pour les petits-enfants, alors qu'il en faut trois pour les fils, comme nous l'avons dit plus haut.

La puissance paternelle n'étant pas dissoute à l'égard du fils par une première et deuxième mancipations, l'enfant de ce fils, conçu entre ces premières et la troisième mancipations, devait tomber sous la puissance de son aïeul. Mais il n'en devait pas être de même à l'égard de celui qui n'était conçu qu'après la troisième mancipation, la puissance paternelle se trouvant alors dissoute. La solution la plus favorable à cet enfant était suivie par l'école sabinienne.

§ 136 . . . . fecerit. . . . . Maximi et Tuberonis; quum enim hæc quod ad sacra tantum videatur in manu esse, quod vero ad cætera perinde habeatur, atque si in manum non convenisset. . . . . potestate parentis liberantur nec interest, an in viri sui manu sint, aut extranei, *quamvis* hæ solæ loco filiarum habeantur, quæ in viri manu sunt.

§ 136. . . . (*Illisible.*) . . puisque celle-ci semble être *in manu* quant aux cérémonies religieuses seulement; mais, quant au reste (aux rapports civils), elle est comme s'il n'y avait pas eu de mise *in manu*. . . . Elles sont délivrées de la puissance paternelle, et peu importe qu'elles passent sous la main de leur mari ou d'un étranger, quoiqu'on ne considère comme filles que les femmes qui ont passé sous la main de leur mari.

La fin du paragraphe doit être entendue ainsi: « Quoiqu'on ne considère comme filles devenues telles par le passage *in manu* que les femmes, » etc., et le sens général du paragraphe était sans doute que les femmes n'étaient pas libérées de la puissance paternelle, quoiqu'elles fussent passées *in manu*, si ce n'était par la *coemptio* (V. *suprà*, §§ 110 et suiv.).

§ 137. *(Hic quinque lineæ desiderantur.)* . . . . . nihilomagis potest cogere, quam filia patrem; sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit: hæc

§ 137. . . . . . (*Illisible en partie*). La femme ne peut pas plus forcer son mari à se démettre de sa puissance maritale que la fille ne peut forcer son père à se démettre de

autem repudio misso *virum* proinde compellere potest, atque si ei nunquam nupta fuisset.

sa puissance paternelle; mais, à la vérité, la fille, même lorsqu'elle est adoptive, ne peut en aucune manière obliger son père à se démettre, au lieu que la femme peut, après avoir répudié son mari, sortir de sa *manus*, comme si elle ne l'avait jamais eu pour époux.

Le pouvoir marital pouvait se dissoudre pendant le mariage, et probablement de la même manière et pour les mêmes causes que la puissance paternelle, par le motif que la femme *in manu* était au rang de fille.

En principe, la femme, placée au rang de fille dans la famille de son mari (*suprà*, § 111), ne pouvait forcer son mari à l'émanciper; mais, en lui envoyant l'acte de répudiation, elle obtenait ce résultat.

On a vu, sous le § 133, que, dans certains cas, le père était obligé d'émanciper ses enfants.

§ 138. Ii, qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco habentur, vindicta, censu, testamento manumissi sui juris fiunt.

§ 138. Ceux qui sont soumis au *mancipium*, étant considérés comme esclaves, deviennent *sui juris* lorsqu'ils sont affranchis par la vindicte, par le cens ou par testament.

Le *mancipium* se dissolvait comme la puissance dominicale (V. *suprà*, §§ 17 et suiv.), avec cette modification que la loi *Ælia Sentia* n'était point applicable, et que le *mancipium* cessait par le *cens*, malgré la volonté de celui qui l'exerçait, sauf les deux hypothèses prévues par Gaïus, au § 140.

§ 139. Nec tamen in hoc casu lex Ælia Sentia locum habet; itaque nihil requirimus cujus ætatis sit his, qui manumittit et qui manumittitur: ac ne illud quidem, an patronum creditoremve manumissor habeat. Ac ne numerus quidem legis Furiæ Caniniæ finitus in his personis locum habet.

§ 139. Cependant la loi Ælia Sentia ne leur est point applicable; aussi ne considère-t-on pas l'âge de l'affranchissant, non plus que celui de l'affranchi; peu importe que l'affranchissant ait un patron ou un créancier, et le nombre prévu par la loi Furia Caninia n'est pas applicable.

Les personnes en *mancipium*, n'étant pas des *choses* comme les esclaves, ne pouvaient être considérées comme le gage des créanciers de celui qui exerçait ce pouvoir. — C'est ce qui explique pourquoi ni la loi Ælia Sentia ni la loi Caninia n'étaient à considérer à l'égard de telles personnes.

§ 140. Quin etiam invito quoque eo, cujus in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt, excepto eo, quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur : nam quodammodo tunc pater potestatem propriam reservare sibi videtur eo ipso, quod mancipio recipit. Ac ne is quidem dicitur invito eo, cujus in mancipio est, censu libertatem consequi, quem pater ex noxali causa mancipio dedit : velut qui furti ejus nomine damnatus est et eum mancipio actori dedit : nam hunc actor pro pecunia habet.

§ 140. Bien plus, ceux qui sont soumis au *mancipium* peuvent être libérés par le cens, malgré celui qui les tient en *mancipium*, si ce n'est dans le cas où le père a donné son fils en *mancipium*, pour qu'il lui fût rémancipé, car le père semble en quelque sorte se réserver sa puissance par cela seul qu'il s'est réservé la rémancipation. On ne peut pas davantage libérer par le cens celui que le père a donné en *mancipium* par un abandon noxal, à moins que celui qui l'a dans son *mancipium* n'y consente : par exemple, si le père a été condamné pour vol de son fils, et a cédé ce fils en *mancipium* au demandeur, car, dans ce cas, le fils tient lieu de son argent au demandeur.

Je traduirais volontiers le mot *pecunia* de la fin du § 140 par celui de *condamnation*, et dirais : « tient lieu de condamnation au demandeur. »

§ 141. In summa admonendi sumus, adversus eos, quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliose facere licere, alioquin injuriarum *actione tenebimur*. Ac ne diu quidem in eo jure detinentur homines, sed plerumque hoc fit dicis gratia uno

§ 141. En résumé, il faut savoir qu'il nous est défendu d'outrager ceux qui sont sous notre *mancipium*, sans quoi nous sommes tenus de l'action d'injures. On ne reste pas longtemps soumis au *mancipium*, mais le plus souvent un seul instant, pour la forme,

momento, nisi scilicet ex noxali causa manciparentur.

à moins qu'on n'y ait été placé par abandon noxal.

Au temps de Gaïus, les enfants de celui qui était en *mancipium* étaient soumis provisoirement au même droit que lui, s'ils avaient été conçus et étaient nés depuis que leur père était dans cet état, et après sa troisième mancipation. Dans le cas où l'enfant était seulement conçu après cette troisième mancipation, sa position était en suspens ; et s'il naissait après l'émancipation de son père, il tombait sous sa puissance : si le père mourait en *mancipium*, l'enfant naissait *sui juris* (§ 135). — Au temps de Labéon, il paraît que les enfants restaient sous la puissance de l'émancipateur (*eod.*).

§ 142. Transeamus nunc ad aliam divisionem; nam ex his personis, quæ neque in potestate, neque in manu, neque in mancipio sunt, quædam vel in tutela sunt, vel in curatione; quædam neutro jure tenentur. Videamus igitur, quæ in tutela, vel in curatione sint : ita enim intelligemus de cæteris personis, quæ neutro jure tenentur.

§ 142. Passons maintenant à une autre division des personnes ; car, parmi les personnes qui échappent à la puissance paternelle ou dominicale, à la *manus* et au *mancipium*, quelques-unes sont en tutelle ou en curatelle ; les autres sont exemptes de la tutelle et de la curatelle. Voyons quelles personnes sont en tutelle ou en curatelle, car nous connaîtrons par là celles qui ne sont soumises ni à la tutelle ni à la curatelle.

Notre auteur va s'occuper spécialement des personnes *libres*. — La liberté est le *droit* qu'on a de faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi ou qui n'est pas empêché par la violence (Justinien, *Instit.*, *de jure person.*, § 1). — L'esclavage, au contraire, est l'état légal qui nous fait soumis au pouvoir d'autrui (*eod.*, § 2).

§ 143. Ac prius dispiciamus de his quæ in tutela sunt.

§ 143. Mais occupons-nous d'abord des personnes qui sont en tutelle.

On distinguait trois espèces de tutelles : *testamentaire, légitime* et *atilienne* (V. § 188).

§ 144. Permissum est itaque parentibus, liberis, quos in potestate sua habent, testamento *tutores* dare : masculini quidem sexus impuberibus *duntaxat*, *feminini autem impuberibus* quam nubilibus; veteres enim voluerunt feminas, etiam si perfectæ ætatis sint, propter animi levitatem in tutela esse.

§ 144. Il est permis aux ascendants de nommer des tuteurs par testament aux enfants qui sont sous leur puissance; ils n'en peuvent nommer pour leurs enfants mâles que s'ils sont impubères, au lieu qu'ils en peuvent nommer à leurs enfants du sexe féminin, quel que soit leur âge; car les anciens ont voulu que les femmes, même à l'âge où elles sont formées, fussent en tutelle, à cause de la légèreté de leur esprit.

Toute tutelle avait pour objet la protection des personnes qui y étaient soumises, soit à cause de leur âge, soit à cause de la faiblesse de leur sexe. En effet, si tout impubère *sui juris* était en tutelle, cette situation prenait fin pour les mâles à leur puberté, tandis qu'elle se prolongeait *in perpetuum* pour les femmes, sauf quelques exceptions dont il est parlé dans le paragraphe suivant.

§ 145. Itaque, si quis filio filiæque testamento tutorem dederit, et ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia vero nihilominus in tutela permanet : tantum enim ex lege Julia et Papia Poppœa jure liberorum a tutela liberantur feminæ ; loquimur autem exceptis virginibus vestalibus, quas etiam veteres in honorem sacerdotii liberas esse voluerunt : itaque etiam lege XII Tabularum cautum est.

§ 145. C'est pourquoi, si quelqu'un a nommé un tuteur testamentaire à son fils et à sa fille, et si l'un et l'autre atteignent leur puberté, le fils cesse aussitôt d'être en tutelle, au lieu que la fille continue d'y demeurer; car les femmes ne peuvent sortir de la tutelle que si elles ont eu le nombre d'enfants requis par la loi Julia et Papia Poppéa : ceci doit s'entendre à l'exception des vestales, que les anciens déclaraient exemptes de la tutelle, en honneur de leur sacerdoce : la loi des Douze Tables l'avait ainsi réglé.

Sous Justinien, il n'est plus question de cette tutelle perpé-

tuelle des femmes. Déjà, sous le règne d'Auguste, la loi *Papia Poppœa* avait voulu que les femmes *ingénues* fussent affranchies de toute tutelle, même légitime, lorsqu'elles avaient trois enfants, et que les femmes *affranchies* fussent, dans le même cas, libérées de toute tutelle autre que la légitime (Gaïus, *infrà*, § 194). Au temps de Constantin, les femmes pubères n'étaient plus soumises à la tutelle (L. 2, au C., *de his qui veniam œtatis impetraverunt*).

La loi Julia est de l'an 757, la loi Papia Poppéa est de l'an 762 de la fondation de Rome. Les jurisconsultes romains, notamment Gaïus dans ce paragraphe, les désignent souvent sous le seul nom de *lex Julia et Papia*. Le motif de cette dénomination commune vient de ce que la loi Papia refondit la première et la compléta, de manière à former avec elle un ensemble sur le système.

§ 146. Nepotibus autem neptibusque ita demum possumus testamento tutores dare, si post mortem nostram in patris sui potestatem jure recasuri non sint; itaque si filius meus mortis meæ tempore in potestate mea sit, nepotes, quos ex eo *habeo*, non poterunt ex testamento meo habere tutorem, quamvis in potestate mea fuerint: scilicet quia, mortuo me, in patris potestate futuri sint.

§ 146. Nous pouvons également nommer des tuteurs testamentaires à nos petits-fils et à nos petites-filles, si, après notre mort, ils ne doivent pas retomber sous la puissance de leur père; c'est pourquoi, si, au temps de ma mort, j'ai mon fils sous ma puissance, les enfants de mon fils ne pourront pas recevoir de moi un tuteur testamentaire, quoique soumis à ma puissance, sans doute parce qu'à ma mort ils doivent entrer sous la puissance de leur père.

Pour qu'un tuteur fût donné valablement par testament, il était nécessaire que celui ou celle pour qui il était désigné se trouvât *sui juris* au moment de la mort du testateur, c'est-à-dire qu'il ne fût soumis ni à la puissance paternelle, ni au *mancipium*, ni à la *manus*.

Les ascendants pouvaient nommer des tuteurs à leurs descendants qui, se trouvant sous leur puissance au moment du décès du testateur, ne devaient pas retomber sous celle d'un autre à l'époque de ce décès (*Instit.*, *de tutelis*, § 5). Ils n'en

pouvaient valablement choisir pour leurs enfants *émancipés;* mais le magistrat était tenu de confirmer ceux qu'ils auraient désignés (*ibid.*). Nous savons par Ulpien (11, § 14) que la tutelle testamentaire fut autorisée par la loi des Douze Tables.

§ 147. Quum tamen in compluribus aliis causis posthumi pro jam natis habeantur, et in hac causa placuit, non minus posthumis, quam jam natis testamento tutores dari posse: si modo in ea causa sint, ut, si vivis nobis nascantur in potestate nostra fiant. Hos etiam hæredes instituere possumus, quum extraneos posthumos hæredes instituere permissum non sit.

§ 147. Puisque, dans plusieurs autres cas, les posthumes sont considérés comme déjà nés, on convient que des tuteurs testamentaires peuvent leur être donnés, comme s'ils étaient déjà nés, pourvu qu'ils soient dans un cas tel que, si nous vivions au temps de leur naissance, ils dussent naître sous notre puissance. Nous pouvons aussi les instituer héritiers, quoiqu'il ne soit pas permis d'instituer les posthumes externes.

On verra au C. 2, § 130, que les posthumes étaient considérés comme étant nés au moment du décès du *de cujus,* toutes les fois qu'il s'agissait de leurs avantages. Cette règle suffit à expliquer la disposition de notre paragraphe.

§ 148. *Uxori* quæ in manu est proinde ac si filiæ, item nurui quæ in filii manu est, proinde ac nepti, tutor dari potest.

§ 148. Nous pouvons nommer un tuteur à la femme que nous avons sous notre main, tout comme à notre fille, de même qu'à notre belle-fille placée sous la main de notre fils, tout comme à notre petite-fille.

Le mari pouvait nommer un tuteur pour sa femme, et le père du mari pouvait en faire autant pour sa bru.

§ 149. Rectissime autem tutor sic dari potest: LUCIUM TITIUM LIBERIS MEIS TUTOREM DO. Sed et si ita scriptum sit: LIBERIS MEIS, vel: UXORI MEÆ

§ 149. Un tuteur est très-valablement nommé en ces termes: « JE DONNE LUCIUS TITIUS POUR TUTEUR A MES ENFANTS; » mais, quoique la

TITIUS TUTOR ESTO, recte datus intelligitur.

nomination soit ainsi faite : QUE TITIUS SOIT TUTEUR DE MES ENFANTS OU DE MA FEMME, elle n'en est pas moins valable.

On voit par ce paragraphe que la formule par laquelle un tuteur était choisi par testament n'avait rien de sacramentel.

On pouvait choisir pour tuteur tout individu avec lequel on avait *faction de testament* (L. 21, ff. *de test. tutelâ; Règl.* d'Ulpien, 11, § 15. — V. C. 2, § 185), pourvu qu'il fût capable des charges publiques (*Inst.*, *de excusat.*) : ce qui excluait les femmes (L. 18, ff. *de tutelis*), les étrangers, les déditices, les déportés (Ulpien, *Frag.* 22, § 2), mais non les fils de famille (L. 9, ff. *de his qui sui*). Toutefois on ne pouvait gérer une tutelle qu'autant qu'on avait vingt-cinq ans. Dans l'intervalle entre le décès du testateur et l'accomplissement de cette condition, un tuteur atilien était nommé (Justin., *Instit., de atiliano tutore*, § 1). — L'empereur pouvait accorder aux femmes la permission de gérer la tutelle de leurs enfants (L. 18, ff. *de tutelis*). — La loi Junia interdisait le choix d'un Latin-Junien, quoique le testateur eût avec lui faction de testament.

Les esclaves ne pouvaient être nommés tuteurs testamentaires, parce qu'ils n'étaient pas aptes aux charges publiques (L. 7, au C., *qui dare tutor.*). Toutefois, lorsqu'un maître donnait par son testament la liberté à son esclave et le chargeait d'une tutelle, cet esclave devenait tuteur en acquérant la liberté. L'affranchissement s'induisait même de ce que le testateur avait choisi son esclave pour tuteur (L. 32, § 2, *de testam. tut.*). Si le testateur avait, *par erreur*, nommé tuteur son esclave, parce qu'il le croyait libre, cet esclave n'acquérait ni tutelle ni liberté (*Instit.*, *qui testam. tut. dari possunt*). On pouvait nommer tuteur l'esclave d'autrui pour le temps où il serait libre (L. 9, au C., *de fideicom. libert.*).

§ 150. In persona tamen uxoris, quæ in manu est, recepta est etiam tutoris optio, id est, ut liceat ei permittere, quem velit ipsa tutorem sibi optare, hoc modo : TITIÆ

§ 150. On est dans l'usage de permettre à une femme de faire choix d'un tuteur, c'est-à-dire que le mari peut l'autoriser, en ces termes, à se choisir tel tuteur qu'elle vou-

UXORI MEÆ TUTORIS OPTIONEM DO : quo casu licet uxori vel in omnes res, vel in unam forte aut duas *optare*.

dra : « JE DONNE A MON ÉPOUSE TITIA LE CHOIX DE SON TUTEUR ; » dans ces cas, il est permis à l'épouse de se choisir un tuteur pour toutes ses affaires, ou bien pour une ou deux affaires.

On était dans l'usage de laisser aux femmes le choix de leur tuteur. Gaïus explique suffisamment la portée d'une telle disposition.

§ 151. Cæterum aut plena optio datur, aut angusta.

§ 151. Du reste, le droit de choisir est sans bornes, ou bien est limité.

§ 152. Plena ita dari solet, ut proxime ac supra diximus; angusta ita dari solet : TITIÆ UXORI MEÆ DUNTAXAT TUTORIS OPTIONEM SEMEL DO ; aut : DUNTAXAT BIS DO.

§ 152. Le droit de choisir illimité est habituellement conféré par la formule que nous venons de citer ; le choix limité se donne habituellement ainsi : « JE DONNE A MON ÉPOUSE TITIA LE DROIT DE CHOISIR UNE FOIS SON TUTEUR, OU DE SE CHOISIR DEUX FOIS SON TUTEUR. »

§ 153. Quæ optiones plurimum inter se differunt ; nam quæ plenam optionem habet, potest semel, et bis, et ter, et sæpius tutorem optare ; quæ vero angustam habet optionem, si duntaxat semel data est optio, amplius quam semel optare non potest : si tantum bis, amplius quam bis optandi facultatem non habet.

§ 153. Ces deux espèces d'options diffèrent de beaucoup entre elles, car la femme qui a un choix sans limites peut choisir son tuteur une, deux et trois fois, et même plus souvent ; mais celle dont le choix est limité à une seule option ne peut choisir qu'une fois ; si son droit est limité à deux options, elle n'a pas la faculté de choisir plus de deux fois.

La tutelle des femmes était une création du droit civil (texte, §§ 190 et 193). — Celle des impubères était une institution du droit naturel spécialement réglée par le droit civil (texte, § 189).

Un tuteur pouvait être donné pour un certain temps seulement, ou à partir d'un certain temps, ou sous condition (Justin., *Instit.*, *qui testam. tutor. dari poss.*, §. 3), même sous condition *potestative* (L. 23, § 1, ff. *de test. tut.*). — Il pouvait être désigné dans le testament avant l'institution d'héritier, malgré la règle qui déclarait nulle toute disposition testamentaire écrite avant l'institution d'héritier. Gaïus en donne pour raison, au § 231 du com. 2, que la nomination du tuteur ne touche en rien aux objets de l'hérédité. Son opinion, qui a prévalu dans le droit de Justinien, était cependant contredite par les proculéiens.

Un tuteur ne pouvait être nommé pour administrer seulement un certain bien (L. 13, ff. *de testam. tutelâ*), d'où la conséquence que la disposition qui nommait un tuteur dans ces termes était nulle. La raison qu'en donne Justinien, c'est que le tuteur était donné à la personne, non aux biens (*Instit.*, *qui test. tutor. dari poss.*, § 4), c'est-à-dire, suivant la remarque judicieuse de M. Demangeat, t. I, p. 345, pour compléter la personnalité juridique du pupille.

§ 154. Vocantur autem hi, qui nominatim testamento tutores dantur, dativi; qui ex optione sumuntur, optivi.

§ 154. On appelle tuteurs datifs ceux que le testateur désigne par leur nom, et tuteurs optifs ceux qui sont pris par option.

Les commentateurs donnent le nom de tutelle *dative* à celle qui émanait des magistrats; mais cette expression est impropre, le nom de tuteur *datif* étant réservé au tuteur testamentaire, celui de tuteur *atilien* étant donné au tuteur nommé par le magistrat (§§ 154 et 185).

§ 155. Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII Tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

§ 155. La loi des Douze Tables désigne pour tuteurs à ceux qui n'en ont pas reçu par testament les agnats de ces personnes; ces tuteurs sont appelés légitimes.

Dans le cas où ceux qui devaient être soumis à la tutelle n'avaient pas reçu de tuteur testamentaire, ils étaient placés sous la tutelle de leurs *agnats mâles*. Il en était de même

toutes les fois que le tuteur testamentaire ne pouvait pas exercer la tutelle (L. 11, *pr.*, ff. *de testam. tutelâ*).

§ 156. Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione juncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo, item patruus et patrui filius *et nepos* ex eo. At hi, qui per feminini sexus *personas cognatione junguntur, non sunt agnati, sed alias* naturali jure cognati; *itaque* inter avunculum et sororis filium non agnatio est, sed cognatio; item amitæ, materteræ filius non est mihi agnatus, sed cognatus; et invicem scilicet, ego illi eodem jure conjungor, quia qui nascuntur patris non matris familiam sequuntur.

§ 156. Sont agnats entre eux ceux qui sont unis par des mâles, comme les parents par le père; par exemple, mon frère par mon père, le fils ou petit-fils de ce frère, ainsi que mon oncle frère de mon père, le fils et le petit-fils de cet oncle. Mais les personnes unies entre elles par des personnes du sexe féminin ne sont pas agnates entre elles, mais simplement cognates, d'après le droit naturel; aussi n'y a-t-il point d'agnation entre l'oncle et l'enfant de la sœur, mais simplement cognation; de même, le fils de la sœur de mon père, ou de la sœur de ma mère, n'est point mon agnat, mais mon cognat, et, réciproquement, je suis son cognat, parce que tout enfant entre dans la famille de son père, et non dans celle de sa mère.

Étaient *agnats* entre eux les parents, par les mâles, qui n'avaient éprouvé aucun changement d'état : c'est ce qu'explique très-nettement notre auteur (V. com. 3, § 9). Ainsi, l'agnation comprenait d'abord tous ceux qui s'étaient trouvés sous la puissance du même chef au moment de sa mort, et aussi ceux qui s'y seraient trouvés, s'ils fussent nés avant sa mort, quel que fût leur sexe (Justin., *Instit.*, *de legit. agnat. succ.*, § 1; — L. 2, § 1, ff. *de suis*). Au surplus, pour exercer la tutelle légitime comme agnat, il fallait être pubère (§ 157), être âgé de vingt-cinq ans et mâle (LL. 16 et 18, ff. *de tutelis*), et même, selon nous, n'être pas au delà du 7e degré (V., au § 164 et au § 17 du C. 3, nos observations).

§ 157. Sed olim quidem,

§ 157. Autrefois, sous le

quantum ad legem XII Tabularum attinet, etiam feminæ agnatos habebant tutores; sed postea lex Claudia lata est, quæ quod ad feminas attinet, *agnatorum* tutelas sustulit; itaque masculus quidem impubes fratrem puberem, aut patruum habet tutorem : feminæ vero talem habere tutorem non *possunt*.

droit de la loi des Douze Tables, les femmes étaient soumises à la tutelle de leurs agnats; mais, par la suite, on porta la loi Claudia, qui enleva aux agnats la tutelle des femmes: c'est pourquoi les mâles impubères ont pour tuteur leur frère pubère ou leur oncle paternel, au lieu que les femmes ne peuvent plus avoir un tel tuteur.

Afin d'assurer aux agnats la succession des femmes *sui juris*, la loi des Douze Tables mettait ces dernières sous leur tutelle. Cette tutelle fut supprimée par ce que Gaïus appelle la loi Claudia, qui n'est autre que le S.-C. Claudien sur la tutelle des femmes, qui fut porté l'an de Rome 797, et qu'il ne faut pas confondre avec plusieurs autres sénatus-consultes du même nom, notamment le sénatus-consulte Claudien dont il est parlé au liv. III, tit. XII, des *Inst.* de Justin. Tous ces divers sénatus-consultes, dont le plus ancien est celui que Gaïus appelle loi Claudia, ont, du reste, été portés sous le règne de l'empereur Claude.

§ 158. Sed agnationis quidem jus capitis deminutione perimitur, cognationis vero jus *capitis deminutione* non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non potest.

§ 158. Mais l'agnation se perd par une diminution de tête, au lieu que la cognation ne se perd pas ainsi, parce qu'un principe de droit civil peut détruire des droits purement civils, mais non pas des droits naturels.

L'agnation n'étant qu'une organisation purement civile, basée sur la manière dont était composée la famille à Rome, on comprend que, lorsqu'une personne passait d'une famille dans une autre, l'agnation cessait entre elle et les autres personnes de cette première famille. La cognation, qui n'était que la parenté naturelle, abstraction faite de l'organisation de la famille, ne pouvait, au contraire, se perdre par ce changement de famille. — Justinien, *de capitis deminut.*,

§ 6, dit, à la vérité, que le droit de cognation était éteint par la grande et par la moyenne diminution de tête; mais il faut entendre ce passage en ce sens que le droit de succession, résultant de la cognation, était éteint par ces deux changements d'état.

§ 159. Est autem capitis deminutio prioris *capitis* permutatio: eaque tribus modis accidit; nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima.

§ 159. On appelle diminution de tête un changement d'état, changement qui s'opère de trois manières; car la diminution de tête est grande, ou moindre (on l'appelle alors moyenne), ou petite.

On avait donné le nom de *capitis deminutio* au changement d'état éprouvé par celui qui passait d'une famille dans une autre. On donnait aussi le même nom à des changements d'état plus considérables, savoir : celui qui était éprouvé par une personne qui perdait à la fois les droits de liberté, de cité et de famille, et celui qui, sans devenir esclave, perdait ses droits de cité et de famille (§ 163).

§ 160. Maxima est capitis deminutio, quum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit, qu*od quid*em *e*venit in *h*is, qui ex patria aguntur. . . . . concilium *ha*buerint; *item feminæ liberæ ex senatusconsulto* Claudiano ancillæ fiunt eorum dominorum, quibus invitis et denuntiantibus *nihilominus* cum servis eorum coierint.

§ 160. La grande diminution de tête a lieu lorsqu'on perd en même temps la cité et la liberté, ce qui arrive à ceux qui sont expulsés de leur patrie. . . . . (*Illisible.*) De même, les femmes libres deviennent esclaves, en vertu du sénatus-consulte Claudien (porté l'an de Rome 805), des maîtres de l'esclave avec lequel elles ont eu commerce malgré eux et leur défense.

On a vu, sous le § 52, comment un citoyen devenait esclave. Justinien (C., *de senatusc. Claudiano tollendo*) supprima le cas prévu par notre paragraphe.

§ 161. Minor capitis demi*nutio est, quum civitas quidem amit*titur, libertas vero retine-

§ 161. La moyenne diminution de tête a lieu quand la cité fait la perte d'une per-

tur; *quod accidit et cum* aqua et igni interdictum fuerit.

sonne qui reste libre, ce qui arrive à celui qui est condamné à l'interdiction de l'eau et du feu.

Aux termes du § 131 ci-dessus, on perdait le droit de cité romaine quand on allait peupler une colonie latine. Ce cas est supprimé au temps de Justinien; mais il reste celui de l'interdiction de l'eau et du feu et celui de la déportation (*Inst.*, *de capitis deminutione*, § 2).

§ 162. Minima capitis deminutio est, *quum et civitas* et libertas ret*inetur*, *sed status hominis commutatur; quod accidit* in his qui adoptantur, item in his qui coemptionem faciunt, et in his qui mancipio dantur, quique ex mancipatione manumittuntur; adeo quidem ut, quoties quisque mancipetur, aut. . . . . *remancipe*tur, toties capite deminuatur.

§ 162. La petite diminution de tête a lieu lorsque, en conservant les droits de liberté et de cité, on change d'état personnel: cela arrive à ceux qu'on donne en adoption, comme aux femmes qui font la coemption, et à ceux qui sont donnés en *mancipium*, et à ceux qui sont émancipés, tellement que chaque fois que quelqu'un est mancipé ou rémancipé, il est diminué de tête.

La *capitis deminutio* était éprouvée par l'adopté, par suite d'adoption proprement dite ou d'adrogation. Au temps de Justinien, l'adrogation seule produit cet effet, à l'exception de l'hypothèse où l'adoption était faite par un ascendant (*suprà*, sous le § 97). — La *coemptio* entraînait aussi la *capitis deminutio minima*. On remarquera que Gaïus n'assimile pas ce cas à celui de la mise de la femme *in manu* par l'usage ou par la *confarreatio* (*suprà*, § 136). — L'émancipation produisait le même résultat, ainsi que la mise *in mancipio*. On peut s'étonner que celui qui était *in mancipium*, par conséquent en condition servile, n'éprouvât que la *capitis deminutio minima*. Mais notre texte est formel.

§ 163. Nec solum majoribus deminutionibus jus agnationis corrumpitur, sed etiam minima; et ideo, si ex duobus

§ 163. Le droit d'agnation se perd par chacune des trois diminutions de tête; aussi, lorsqu'un père a émancipé

liberis alterum pater emancipaverit, *post mortem ejus* neuter alteri agnationis jure *tutor esse* potest.

l'un de ses deux enfants, aucun ne peut être tuteur de l'autre, par droit d'agnation, après le décès du père.

Toute *capitis deminutio* faisant cesser l'agnation, il en résultait que les droits et les charges attachés à la qualité d'agnat disparaissaient quand l'un de ces changements d'état se produisait. Gaïus fait l'application de ce principe quant à la tutelle, et il n'est pas douteux qu'il en était de même relativement à la succession. Mais, sous Anastase, le droit à la succession et la charge de la tutelle furent maintenus à l'égard de l'agnat qui n'aurait subi que la petite *capitis deminutio* (L. 4, C., *de legit. tutor.*, et L. 15, § 1, *eod.*, *de leg. hered.*).

§ 164. Quum autem ad agnatos tutela *pertinet*, *non* simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum qui proximo gradu sunt. (*Pagina integra legi non potuit. De legitima gentilium tutela ex L. XII Tab. loquebatur.*)

§ 164. Quand la tutelle est déférée aux agnats, elle n'appartient pas à tous conjointement, mais seulement aux plus proches en degré.

Quand le pupille avait plusieurs agnats mâles du même degré, il avait pour tuteurs tous ceux qui étaient pubères, âgés de vingt-cinq ans (§ 156). — Quand les agnats étaient d'un degré différent, le plus proche ou les plus proches en degré étaient seuls appelés à la tutelle.

La tutelle légitime était, comme on le voit, dans les anciens principes, en parfaite corrélation avec le droit de succéder *ab intestat*. « *Ubi est emolumentum, ibi est onus*, » disait-on. Ainsi, d'après la loi des Douze Tables, le plus proche agnat du *de cujus* recueillait sa succession à défaut d'*heres suus* ou d'héritier testamentaire ; par contre, il était tenu de la tutelle de cet agnat, alors qu'il y avait lieu, si aucun tuteur testamentaire n'avait été désigné ou ne pouvait exercer sa charge. Ce choix dans la tutelle avait également pour objet de permettre à l'agnat investi de cette charge de surveiller les biens qu'il avait l'espoir de recueillir, et d'empêcher qu'ils fussent dilapidés (L. 1, *pr.*, ff. *de legit. tutore*).— Remarquons, toute-

fois, que les femmes, bien qu'elles fussent incapables de gérer une tutelle, étaient appelées à la succession légitime de leurs agnats, dans le système de la loi des Douze Tables (*eod.*, § 1).

On verra, au Com. 3, § 17, qu'à défaut d'agnats appelés à recueillir la succession d'un *de cujus*, la même loi des Douze Tables la déférait aux *gentiles*. Il est donc à peu près certain, dirons-nous avec M. Demangeat, t. I, p. 349, qu'à défaut d'agnat pouvant exercer la tutelle, la même loi la confiait aux *gentiles*. — Cicéron, invoqué par ce judicieux auteur, fournit un argument sérieux à l'appui de ce système, quand il nous dit (*de invent.*, II, 50) que cette loi attribuait la puissance sur la personne et sur les biens d'un furieux, en premier lieu aux agnats, à leur défaut aux *gentiles*. Nous expliquons, sous ce § 17, quels étaient les *gentiles*.

§ 165. *Ex eadem lege XII Tabularum libertorum et libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet; quæ et ipsa legitima tutela vocatur, non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset; eo enim ipso, quod hæreditates libertorum libertarumque, si* intestati decessissent, *jusserat lex ad patronos* liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres, voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, quum et agnatos, quos ad hæreditatem vocavit, eosdem et tutores esse jusserit.

§ 165. La loi des Douze Tables défère la tutelle des affranchis et affranchies à leurs patrons et aux enfants de ces patrons; cette tutelle est appelée légitime, non pas que la loi des Douze Tables en fasse une mention expresse, mais parce qu'on l'a appliquée par interprétation, comme si elle avait été établie par cette loi; car, par cela même que, dans le cas de mort *ab intestat* d'un affranchi ou d'une affranchie, la loi des Douze Tables attribuait leur succession au patron ou à ses enfants, les anciens ont cru qu'elle avait voulu les charger de la tutelle, de même qu'elle la confère aux agnats qui sont appelés par elle à l'hérédité.

Outre la tutelle légitime des agnats, le droit romain reconnaissait comme légitime celle des patrons et des enfants du patron sur les personnes affranchies.

Il est bon de remarquer, en passant, que cette tutelle, à la

différence des autres, appartenait aux enfants du patron, quoiqu'ils fussent *impubères* (§§ 175 et 177). C'était, en effet, surtout dans l'intérêt du tuteur qu'elle était créée dans ce cas. Seulement, quant à l'exercice de la tutelle, il était nécessaire de faire nommer au pupille un tuteur par le magistrat, toutes les fois qu'il y avait quelque acte important à accomplir. Justinien voulut que l'âge de vingt-cinq ans fût acquis pour l'exercice de toute tutelle (L. 5, au C., *de legit. tutelâ*).

Les femmes étaient, du reste, incapables de cette tutelle, comme de toute autre (L. 1, § 1, et L. 10, ff. *de leg. tut.*).

§ 166. Exemplo patronorum *quoque* fiduciaria *tutela* reperta est; sunt enim* *duo* * *tutelæ* fiduciariæ* *jam* pridem, quæ ideo nobis competunt, quia *liberum* caput mancipatum nobis vel a parente vel a coemptionatore manumiserimus.

§ 166. La tutelle fiduciaire a été introduite à l'exemple de celle des patrons, car il y a deux tutelles fiduciaires : celle qui nous est imposée quand nous avons affranchi celui qui nous avait été mancipé par l'ascendant, et celle qui nous compète à l'égard de celui que le coemptionateur nous avait mancipé.

Une autre tutelle *légitime* était celle de l'ascendant qui émancipait l'impubère qu'il avait sous sa puissance (V. §§ 172 et 175). Quant aux enfants de cet ascendant, s'ils étaient appelés à la tutelle, ils étaient simplement tuteurs *fiduciaires*, et non *légitimes* (*ib.*), comme l'étranger dans les deux cas prévus par notre § 166.

§ 167. Sed Latinarum et Latinorum impuberum * *tutela non* ad * *manumissores quosvis* pertinet, sed ad eos, quorum *ante manu*missionem ex jure quiritium *fuerunt; unde si ancilla ex jure quiritium* tua sit, in bonis mea, a me quidem solo, non etiam a te manumissa, Latina fieri potest et bona *ejus ad me pertin*ent, *sed tutel*a tibi competit : nam ita lege Junia cavetur;

§ 167. La tutelle des Latins impubères, et celle des Latines, n'appartient pas à un affranchissant quelconque, mais à ceux qui en étaient les maîtres, selon le droit quiritaire, avant l'affranchissement : si donc une esclave est à vous suivant ce droit, tandis que je l'ai dans mes biens, et si moi seul je l'affranchis, elle peut devenir Latine, et ses biens m'appartiennent;

itaque, si ab eo, cujus et in bonis et ex jure quiritium ancilla fuerit, facta sit Latina, ad eumdem et bona et tutela pertinent.

mais la tutelle reste à votre charge : ainsi le décide la loi Junia ; si donc quelqu'un qui avait les deux domaines sur une esclave la rend Latine, il a droit aux biens et est chargé de la tutelle de cette Latine.

Ce paragraphe nous présente une dérogation à la règle suivant laquelle la tutelle était imposée à celui qui avait l'espérance de la succession.

On peut citer d'autres dérogations à cet égard : ainsi l'affranchi qui, pendant qu'il était esclave, appartenait à un homme et à une femme, devait être sous la tutelle du fils de son ancien patron, s'il y avait lieu à tutelle, quoique la patronne eût droit à sa succession entière, s'il était devenu citoyen romain, et à la moitié s'il était devenu Latin, l'autre moitié étant dévolue au fils du patron (L. 1, § 1, ff. *de legit. tutor.*, et texte, *infrà*, C. 3, § 60). — De même, l'affranchi impubère, *assigné* par un testateur à sa fille, tombe sous la tutelle des frères de cette dernière, qui, cependant, recueille la succession (L. 1, § 3, ff. *loc. cit.*).

§ 168. A*gnatis, qui legitimi tutores sunt, item manu*missoribus permissum est, feminarum tutelam alii in jure cedere : pupillorum autem tutelam non est permissum cedere, quia non *videtur onerosa*, quum tempore pubertatis finiatur.

§ 168. Il est permis aux agnats, tuteurs légitimes, ainsi qu'aux affranchissants, de céder à quelqu'un, par la cession devant le magistrat, la tutelle qu'ils ont sur une femme, cession qui ne peut avoir lieu pour la tutelle des pupilles, parce que cette tutelle, finissant à la puberté des pupilles, n'est point onéreuse.

La tutelle qui s'exerçait sur les femmes était perpétuelle, et, par suite, *onerosa*. Aussi permettait-on au tuteur de s'en décharger en la cédant à un autre. En conséquence, l'agnat, tuteur légitime d'une femme, et son tuteur fiduciaire, pouvaient céder sa charge *in jure* devant le magistrat.

§ 169. Is autem cui ceditur

§ 169. On appelle tuteur

tutela, cessicius tutor vocatur.

§ 170. Quo mortuo aut capite deminuto revertitur ad eum tutorem tutela, qui cessit; ipse quoque qui cessit, si mortuus aut capite deminutus sit, a cessicio tutela discedit, et revertitur ad eum, qui post eum, qui cesserat, secundum gradum in tutela habuerit.

§ 171. Sed quantum ad agnatos pertinet, nihil hoc tempore de cessicia tutela quæritur, quum agnatorum tutelæ in feminis lege Claudia sublatæ sint.

cessionnaire celui auquel on cède la tutelle *in jure*.

§ 170. A la mort du cessionnaire, ou lorsqu'il est diminué de tête, la tutelle revient au cédant; si le cédant meurt lui-même ou est diminué de tête, le cessionnaire cesse ses fonctions, et la tutelle revient à celui qui était appelé au second rang à la tutelle après le cédant.

§ 171. Mais il est inutile aujourd'hui de s'occuper des agnats relativement à la tutelle qu'ils peuvent céder, puisque la loi Claudia a enlevé aux agnats la tutelle des femmes.

Quand le S.-C. Claudien (V. *suprà*, § 157) eut supprimé la tutelle des agnats sur les femmes, il n'y eut plus lieu de s'occuper de cette cession relativement à eux. Elle ne pouvait plus être faite que par un tuteur *fiduciaire*.

§ 172. Sed fiduciarios quoque quidam putaverunt cedendæ tutelæ jus non habere, quum ipsi se oneri subjecerint; quod etsi placeat, in parente tamen, qui filiam neptemve, aut proneptem alteri ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciparetur, remancipatamque manumisit, idem dici non debet, quum is et legitimus tutor habeatur : si non minus huic, quam patronis honor præstandus est.

§ 172. Mais quelques auteurs ont pensé que les tuteurs fiduciaires n'ont pas le droit de céder la tutelle, puisqu'ils se sont offerts eux-mêmes à la gérer; alors même que cette opinion serait adoptée, on ne pourrait pas dire qu'elle est applicable à un ascendant qui a donné sa fille ou sa petite-fille ou son arrière-petite-fille en *mancipium* à un autre, sous la condition qu'elle lui serait rémancipée, et qui l'a émancipée après la rémancipation, puisque cet ascendant est regardé comme tuteur légitime, et qu'on ne lui doit pas moins de déférence qu'au patron.

C'était même une question, au temps de Gaïus, que de savoir si le tuteur *fiduciaire* pouvait faire cession de la tutelle. L'opinion que Gaïus rapporte, en ayant l'air de l'improuver, était basée sur ce que le tuteur fiduciaire s'était offert à la tutelle, ce qui le rendait non recevable à s'en plaindre. Au surplus, il n'admet pas que jamais elle puisse prévaloir contre l'ascendant émancipateur, cet ascendant étant considéré comme tuteur légitime.

§ 173. Præterea senatusconsulto mulieribus permissum est, in absentis tutoris locum alium petere : quo petito prior desinit ; nec interest, quam longe aberit is tutor.

§ 173. En outre, un sénatus-consulte autorise les femmes à demander un tuteur à la place de leur tuteur absent ; quand ce second tuteur est demandé, le premier cesse ses fonctions, peu importe la durée de l'absence du premier.

Dans le cas prévu par notre paragraphe, la tutelle prend fin pour le tuteur. Ce dernier profite donc de la circonstance qui a déterminé sa pupille à demander un nouveau tuteur.

§ 174. Sed excipitur, ne in absentis patroni locum liceat libertæ tutorem petere.

§ 174. Mais il y a exception pour le patron absent, à la place duquel l'affranchie ne peut pas demander un autre tuteur.

Le patron est traité avec plus d'égard qu'un agnat.

§ 175. Patroni autem loco habemus etiam parentem, qui in *mancipatam et. . . . .* sibi remancipatam filiam neptemve aut proneptem manumissione legitimam tutelam nactus est. Hujus quidem liberi fiduciarii tutoris loco numerantur : patroni autem liberi eamdem tutelam adipiscuntur, quam et pater eorum habuit.

§ 175. Mais nous traitons comme le patron l'ascendant qui s'est rendu tuteur légitime par la manumission de sa fille, petite-fille ou arrière-petite-fille, qu'il a mancipée, et qui lui a été rémancipée. Les enfants de cet ascendant sont, il est vrai, mis au nombre des tuteurs fiduciaires ; mais les enfants du patron ont la même tutelle que leur père.

Il faut entendre la fin de ce paragraphe en ce sens que les

enfants du patron étaient traités comme leur père, c'est-à-dire que la femme qui était sous leur tutelle ne pouvait pas demander leur changement, non plus que celui de l'ascendant émancipateur. — Il en était autrement à l'égard des enfants de cet ascendant qui, lorsqu'ils venaient à la tutelle, n'étaient considérés que comme tuteurs fiduciaires. M. Demangeat, p. 366, se demande pourquoi on avait établi cette différence entre les enfants du patron et ceux de l'ascendant émancipateur. La raison en est, dit-il, que la loi des Douze Tables appelle exclusivement à la succession *ab intestat* de l'affranchi les fils du patron, comme le patron lui-même; d'où il suit que ces fils sont investis d'une tutelle pareille à celle de leur père, tandis que la même loi des Douze Tables n'appelle pas les fils de l'ascendant émancipateur à la succession de leur cognat, d'où il suit que, ne pouvant être héritiers légitimes, ils ne sauraient être tuteurs légitimes. — Justinien (*Institut., de fiduc. tutelâ*) donne de cette différence une raison qui nous paraît meilleure, à savoir, que les enfants du patron, si l'esclave n'eût pas été affranchi, auraient eu sur cet esclave le même droit que leur père, tandis que les enfants de l'émancipateur n'auraient pas eu le même droit que leur père sur leur frère, s'il n'eût pas été émancipé. Il est conséquent que les enfants du patron aient la même tutelle que leur père, à la différence des enfants de l'émancipateur. Il est vrai que ce raisonnement ne s'appliqne pas à toutes les hypothèses; mais il suffit qu'il soit juste dans la plupart des cas pour qu'il soit la justification de la distinction qui nous occupe.

§ 176. *Sunt tamen causæ ex quibus* etiam in patroni absentis locum *permissum est* tutorem petere, veluti ad hæreditatem adeundam.

§ 176. Il y a cependant des causes pour lesquelles on peut demander un tuteur en remplacement du patron, tuteur absent, par exemple, quand il s'agit d'acquérir une hérédité.

Si la femme en tutelle ne peut demander le remplacement de son patron tuteur, elle peut, lorsqu'il est absent, le faire suppléer par un autre dans certains cas, par exemple pour l'adition d'une hérédité. Le patron ne perd pas pour cela la tutelle (§ 181).

§ 177. Idem senatus censuit in persona pupilli patroni filii.

§ 177. La même décision s'applique, en vertu du sénatus-consulte, à la personne du pupille, fils du patron, et tuteur.

C'est-à-dire que la femme peut demander le remplacement momentané du tuteur dans certains cas.

§ 178. Nam *et* lege Julia, de maritandis ordinibus et, quæ in legitima tutela pupilli sit, permittitur, dotis constituendæ gratia, a prætore urbano tutorem petere.

§ 178. Car, en vertu de la loi Julia (an de Rome 757) sur la célébration des mariages, celle qui est soumise à la tutelle légitime d'un pupille peut, pour faire constituer sa dot, demander un tuteur au préteur urbain.

Notre auteur cite, comme exemple d'hypothèses où la femme en tutelle du fils du patron, lui-même en tutelle, peut demander qu'on lui nomme un autre tuteur pour un acte déterminé, celui de la constitution d'une dot. Malgré le respect qui entoure la tutelle légitime dans ce cas, on comprend que les droits de la femme ne puissent être sacrifiés.

§ 179. Sane patroni filius, etiamsi impubes sit, libertæ *quidem* tutor; *at* in nulla re auctor fieri potest, quum ipsi nihil permissum sit sine tutoris auctoritate agere.

§ 179. Le fils du patron est, quoique impubère, tuteur de l'affranchie de son père; mais il ne peut l'autoriser en aucune manière, puisqu'il ne peut rien faire lui-même sans l'autorisation de son tuteur.

§ 180. Item, si qua in tutela legitima furiosi aut muti sit, permittitur ei senatusconsulto dotis constituendæ gratia tutorem petere.

§ 180. Celle qui est soumise à la tutelle légitime d'un fou ou d'un muet peut également, en vertu du même sénatus-consulte demander un autre tuteur pour qu'on lui constitue une dot.

La tutelle des femmes, étant déférée par la loi au plus proche agnat, pouvait incomber à un incapable, soit à raison de son âge, ainsi qu'on l'a vu dans les paragraphes ci-dessus, soit à raison de son état mental ou physique, ainsi que l'in-

dique notre auteur. Dans ce dernier cas, la femme pouvait aussi demander un tuteur *ad causam*, pour qu'on déterminât sa dot, par exemple.

§ 181 Quibus casibus salvam manere tutelam patrono patronique filio, manifestum est.

§ 181. Il est évident que, dans ces cas, la tutelle reste attachée à la personne du patron ou à celle de son fils.

On ne doit pas perdre de vue que, toutes les fois que le remplacement du tuteur a lieu *ad causam*, le tuteur légitime ne perd pas sa qualité.

§ 182. Præterea senatus censuit, ut si tutor pupilli pupillæve suspectus, a tutela remotus sit, sive ex justa causa fuerit excusatus, in locum ejus alius tutor *detur*, quo dato prior *tutor* amittit tutelam.

§ 182. Le sénat a décidé, en outre, que, si on écarte de la tutelle et comme suspect le tuteur d'un pupille ou d'une pupille, ou si ce tuteur est excusé pour une juste cause, on doit donner un second tuteur à la place du premier, qui perd la tutelle à la nomination du second.

Quand le tuteur est écarté comme indigne (§ 196) ou excusé pour une autre cause légitime (*ib.*), la tutelle cesse définitivement pour lui ; mais on remarquera que cette fin de la tutelle ne se produit que quand le tuteur nommé à la place du premier est désigné.

§ 183. Hæc omnia similiter et Romæ *et* in provinciis solent *observari*. . . . . si vero. . . . .

§ 183. Tout ce que nous venons de dire s'observe dans les provinces comme à Rome.

§ 184. Olim quum legis actiones in usu erant, etiam ex illa causa tutor dabatur, si inter tutorem et mulierem pupillumve legis actione agendum erat ; *nam* quia ipse quidem *tutor* in re sua auctor esse non poterat, *alius dabatur*, quo auctore. . . . . actio perageretur, qui dicebatur præto-

§ 184. Lorsque les actions de la loi étaient en usage, on nommait un nouveau tuteur chaque fois qu'il y avait lieu à une action entre le tuteur et la femme soumise à sa tutelle, ou entre le tuteur et son pupille ; car, le tuteur ne pouvant autoriser dans sa propre chose, on en nommait un autre

rius *tutor*, quia a prætore urbano dabatur; post sublatas legis actiones quidam putant, hanc speciem dandi *tutoris* peni*tus* ev*an*uisse ea tantum *ex*cepta quæ in usu est, *si* legitimo judicio agatur.

dont l'autorisation était nécessaire pour l'exercice de l'action; on l'appelait tuteur prétorien, parce qu'il était nommé par le préteur urbain; quelques-uns pensent qu'à la suppression des actions de la loi, cette dation de tuteur a disparu entièrement, si ce n'est quand il y a lieu à un *judicium legitimum*, cas pour lequel le tuteur prétorien est encore nommé de nos jours.

Au temps des actions de la loi, on ne pouvait intenter deux fois une action dans la même affaire. Le droit d'un plaideur était donc engagé par l'exercice de cette action ; c'est pourquoi le tuteur ne pouvait autoriser la pupille dans sa propre cause (texte, *hìc*, et C. 4, § 108).—Quand le système des actions de la loi eut disparu, la nécessité d'un tuteur *ad causam* pour diriger l'action contre le tuteur ordinaire ne parut plus nécessaire à quelques-uns, si ce n'est lorsque l'action était une *instance légitime*. Qu'était-ce qu'un *judicium legitimum* et à quelle espèce d'instance l'opposait-on ? Pourquoi, enfin, cette différence entre les *judicia legitima* et les autres ? L'instance était *légitime* toutes les fois qu'elle s'exerçait à Rome ou dans le rayon milliaire, entre citoyens romains, et qu'elle était jugée par un seul juge (C. 4, § 104). Quand l'instance était engagée devant un juge étranger, ou entre un citoyen romain et un étranger devant un juge citoyen romain, ou quand elle était soumise à des récupérateurs, même entre citoyens romains, elle était dite contenue dans l'*imperium*. Or, quand on avait engagé une instance légitime, on ne pouvait plus ensuite, d'après le droit civil, agir de nouveau pour la même affaire, eût-on laissé périmer l'instance. Au contraire , lorsqu'on avait intenté une instance contenue dans l'*imperium,* on pouvait renouveler son action d'après le droit civil (C. 3, § 181; C. 4, § 103 et suiv.). C'est sans doute le danger auquel le pupille était exposé de voir péricliter son droit par la négligence ou la fraude de son tuteur qui avait porté quelques juristes à exiger

l'intervention d'un tuteur *ad causam*, quand le procès intéressant le pupille devait se débattre en instance légitime, intervention qu'ils ne croyaient pas nécessaire pour un *judicium imperio continens*. Remarquons, au surplus, que Gaïus paraît vouloir qu'en toute hypothèse on recourût à ce tuteur *ad causam*. Au temps de Justinien, on nommait un curateur (*Instit.*, *de auctorit. tutorum*, § 3).

§ 185. Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a prætore urbano et majore parte tribunorum plebis, qui Atilianus tutor vocatur; in provinciis vero a præsidibus provinciarum ex lege Julia et Titia.

§ 185. A Rome, si un impubère n'a pas de tuteur, le préteur urbain, avec la majeure partie des tribuns du peuple, lui en nomme un en vertu de la loi Atilia : on l'appelle tuteur atilien. Dans les provinces, ce tuteur est nommé par les présidents, en vertu de la loi Julia et Titia.

En l'absence d'une tutelle testamentaire ou légitime, il y avait lieu à la tutelle *atilienne*. Il en était de même lorsque le tuteur testamentaire ou légitime était dans l'impossibilité d'agir pour l'une des causes énumérées par Gaïus (§§ 182, 186 et 187).

Les magistrats chargés de nommer des tuteurs furent d'abord le préteur, assisté des tribuns du peuple, à Rome, et les présidents, dans les provinces. On place la création de la loi Atilia vers les premières années du VIe siècle de Rome (*V.* toutefois du Cauroy, note de la p. 163, t. I). La loi Julia et Titia, qu'il ne faut pas confondre avec la loi Julia sur les mariages, dont il est question aux §§ 178 et 145, date de l'an de Rome 723. Le droit de nommer les tuteurs fut ensuite transporté aux consuls, puis rendu aux préteurs seuls, plus tard attribué au préfet de la ville ou au préteur, suivant les personnes, pour la ville de Rome, et au président pour les provinces, ou à ceux qu'il déléguait, quand la fortune des pupilles était peu considérable (*Instit.*, *de atiliano tutore*, et Théophile, sur le § 4).

Sous Justinien, à Constantinople, le préfet ou le préteur, chacun suivant sa juridiction, nommait les tuteurs, *sur enquête*. Dans les provinces, c'est le président qui nommait, *sur*

enquête, quand la fortune du pupille dépassait 500 solides (9.000 fr.); c'était le *defensor civitatis*, ou le magistrat local, qui choisissait, *sans enquête*, quand cette fortune n était pas supérieure; mais une caution était exigée du tuteur et fournie aux risques de celui qui la recevait (*Instit.*, *de atiliano tutore*, § 5. — *V.* § 199).

§ 186. Et ideo si cui testamento tutor sub conditione aut ex die certa datus sit, quandiu conditio aut dies pendet, tutor dari potest; item, si pure datus fuerit, quandiu nemo hæres existat, tandiu ex his legibus tutor petendus est, qui desinit tutor esse posteaquam quis ex testamento tutor esse cœperit.

§ 186. Si donc on a, par testament, nommé un tuteur sous condition, ou devant entrer en fonctions à jour fixe, on peut élire un tuteur pendant que la condition est en suspens ou que le terme n'est pas arrivé; comme aussi, lorsqu'un tuteur a été nommé purement et simplement, on peut en demander un autre en vertu des mêmes lois, tant que personne ne se porte héritier; ce tuteur cesse ses fonctions dès qu'il y a un tuteur testamentaire.

§ 187. Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor datur, qui desinit tutor esse, si is, qui captus est, in civitatem reversus fuerit: nam reversus recipit tutelam jure postliminii.

§ 187. Si un tuteur est fait prisonnier par les ennemis, on élit un nouveau tuteur en vertu de ces lois. Ce dernier cesse ses fonctions lorsque le tuteur prisonnier revient dans la cité : car, à son retour, il reprend la tutelle par droit de *postliminium*.

§ 188. Ex his apparet, quot sint species tutelarum; si vero quæramus, in quot genera hæ species deducantur, longa erit disputatio : nam de ea re valde veteres dubitaverunt. Nos, qui diligentius hunc tractatum exsecuti sumus et in edicti interpretatione, et in his libris quos ex Quinto Mutio fecimus, hoc solum tantisper

§ 188. On voit par là combien il y a d'espèces de tutelles ; mais si nous recherchons combien de genres comprennent ces espèces, la controverse sera longue, car les anciens ont beaucoup discuté sur ce point. Quant à nous, nous avons examiné ce point dans l'édit interprété et dans les ouvrages que nous avons faits

sufficit admonuisse, quod quidam quinque genera esse dixerunt, ut Quintus Mutius; alii tria, ut Servius Sulpicius; alii duo, ut Labeo; alii tot genera esse crediderunt, quot etiam species essent.

d'après ceux de Quintus Mutius; qu'il nous suffise de dire que quelques auteurs, Quintus Mutius par exemple, ont dit qu'il y a cinq genres de tutelles; d'autres, comme Servius Sulpicius, en ont reconnu trois; d'autres deux : Labéon, par exemple; enfin d'autres ont cru qu'il y a autant de genres que d'espèces.

Les différentes variétés de tutelles que nous venons d'étudier : testamentaire (*dative* ou *optive*), légitime (des agnats, du patron, des ascendants), fiduciaire, atilienne, rentraient dans l'une des trois classes suivantes : *testamentaire*, *légitime* et *atilienne*. Aussi Sulpicius ne reconnaissait-il que ces trois genres, et c'est là la division consacrée par Justinien.

Quintus Mutius, que cite notre texte, était Q. M. Scévola, qui fut pontife, puis consul en 657 de Rome, tribun du peuple, et enfin proconsul en Asie. Cicéron parle de lui comme d'un grand orateur. Son corps fut jeté dans le Tibre par ordre de Marius, contre lequel il avait adopté le parti de Sylla.

§ 189. Sed impuberes quidem in tutela esse, omnium civitatum jure contingit, quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur; nec fere ulla civitas est, in qua non licet parentibus, liberis suis impuberibus testamento tutorem dare, quamvis, ut supra diximus, soli cives Romani videantur tantum liberos in potestate habere.

§ 189. Partout, à la vérité, on soumet les impubères à la tutelle, parce que la raison naturelle veut qu'on dirige, par la protection d'un autre, celui qui n'a pas l'âge nécessaire pour se guider seul, et il n'y a peut-être pas de cité où l'on empêche les ascendants de nommer un tuteur testamentaire à leurs enfants, quoique, ainsi que nous l'avons déjà dit, les citoyens romains paraissent être les seuls qui aient leurs enfants sous leur puissance.

La tutelle, pouvoir de protection créé dans l'intérêt des

pupilles, avait pour objet leur personne et leurs biens. A l'égard de la personne, le tuteur devait veiller à l'entretien et à l'éducation du pupille, suivant sa fortune (L. 12, § 3, ff. *de tutelis*). Il était tenu de consulter le magistrat pour déterminer le lieu où le pupille devait être élevé (LL. 1 et 2, au Code, *ubi pupill.*); et, quand le magistrat ne laissait pas au tuteur la garde de la personne du pupille, il devait payer la dépense, suivant la fixation faite par le magistrat (*eod.*).

La gestion du tuteur sur les biens de son pupille s'exerçait soit directement, soit par l'autorisation qu'il donnait à celui-ci en intervenant dans les actes où il était partie et pour lesquels il le complétait. C'est ce qu'indique nettement Ulpien en ces termes : « *Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt* » (*Règ.* 2, § 25).

Quels étaient les actes que le tuteur pouvait faire seul comme gérant? quels étaient ceux dans lesquels son intervention était requise pour compléter le pupille?

Si le pupille était *infans*, le tuteur ne pouvait que gérer; si le pupille n'était plus *infans*, le tuteur intervenait, soit seul, soit pour autoriser, à l'égard des actes qui n'exigeaient pas absolument la présence du pupille ; il n'intervenait que pour compléter la personne du pupille dans tous les actes qui ne pouvaient se faire sans la présence de ce dernier.

Le tuteur était tenu d'administrer les biens du pupille et d'en percevoir les revenus, de faire emploi de l'argent, soit par un placement à intérêts, soit par un achat de fonds, et cela dans les six mois pour la première année de la tutelle, et dans les deux mois pour les années subséquentes, après avoir payé, toutefois, les créanciers du pupille (LL. 7 et 9, ff. *de tutelis*). Il devait poursuivre les débiteurs du pupille et agir pour lui en justice ou y défendre (*eod.*). Il était, à l'égard de sa gestion, tenu du dol et des fautes (L. 1, ff. *de tut. et rat.*).

Le tuteur ne pouvant faire que des actes d'administration ou figurer seul, dans l'intérêt du pupille, que dans des contrats ou opérations du droit des gens, il en résultait que, tant que ce dernier était *infans*, les actes qui exigeaient son

intervention personnelle ne pouvaient s'accomplir. Il en était ainsi du testament, de l'adrogation, de l'*in jure cessio*, de la manumission, de l'adoption, de la mancipation, de la stipulation, de l'adition d'hérédité, tous ces actes nécessitant la prononciation de paroles solennelles de la part de la personne qui voulait agir ou acquérir. Mais, quand le pupille n'était plus *infans*, il pouvait prononcer ces paroles requises, et, quand le tuteur intervenait pour compléter sa personnalité, l'acte civil devenait possible.

Le pupille *infans* était celui qui ne pouvait pas parler; mais les jurisconsultes assimilaient à l'*infans* celui qui était très-rapproché de l'enfance, et cela jusqu'à ce qu'il eût complété sa septième année (Théophile, *Inst.*, *de inutil. stipulat.*, § 10).

L'intervention du tuteur pour compléter le pupille n'était requise que dans l'intérêt de ce dernier; d'où la conséquence que, lorsqu'il avait traité seul, il bénéficiait de son agissement, c'est-à-dire qu'il profitait d'une stipulation qu'il aurait faite à son profit ou de tout autre acte unilatéral, et qu'il pouvait exiger l'exécution d'un contrat synallagmatique où il aurait figuré sans être assisté. Seulement, dans ce dernier cas, il ne pouvait pas scinder l'acte; il était tenu ou de le rejeter ou de le respecter dans son entier (L. 206, ff. *de reg. juris*). Dans le droit romain, on généralisait cette idée en disant que le pupille pouvait faire seul sa condition meilleure, mais qu'il ne pouvait la faire pire (Justin., *Instit.*, *de auctoritate tutorum*).

Il était, toutefois, certains actes que les pupilles ne pouvaient jamais faire sans l'intervention de leurs tuteurs : l'acceptation d'une hérédité, la demande d'envoi en possession de biens, l'acceptation d'un fidéicommis, par exemple, quelque lucratifs qu ils fussent pour eux. La raison en était que, le discernement étant toujours requis en matière d'hérédité, qu'il s'agît de disposer ou d'acquérir, le pupille non autorisé était considéré comme n'ayant pu vouloir ou ne pas vouloir, faute de discernement (*Instit.*, *loc. cit.*). Une constitution de Théodose et de Valentinien autorisa néanmoins le tuteur du pupille *infans* à accepter une succession qui lui serait déférée (L. 18, § 2, au C., *de jure deliber.*).

Lorsqu'il y avait plusieurs tuteurs du même pupille, l'administration pouvait être conférée à un seul, soit, lorsqu'il s'agissait de tutelle testamentaire, que le testateur eût désigné celui qui devait gérer, soit, pour toute tutelle, que la majorité des tuteurs, ou, à son défaut, le magistrat, eût choisi le gérant (*Instit.*, *de satisd. tutor. vel curat.*, § 1), soit enfin, lorsqu'on était dans l'hypothèse où les tuteurs étaient dispensés de fournir caution (*V.* § 199), que l'un des tuteurs offrît cette garantie (*Instit.*, *de satisd. tutor. vel curat.*, § 1). Dans ces divers cas, les tuteurs autres que l'administrateur ne géraient pas; mais ils étaient responsables comme surveillants (L. 3, ff. *de tutelis*). L'administration pouvait être divisée soit par le testateur, soit par le magistrat, auquel cas la responsabilité était divisée (*eod.*, et L. 4). Lorsqu'elle n'était ni divisée ni confiée à un seul des tuteurs, l'administration était commune, et par suite aussi la responsabilité (*eod.* L. 3, § 8).

§ 190. Feminas vero perfectæ ætatis in tutela esse, fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur; nam quæ vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur, et æquum erat, eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur, quam vera, mulieres enim quæ perfectæ ætatis sunt, ipsæ sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; sæpe etiam invitus auctor fieri a prætore cogitur.

§ 190. Mais aucune raison solide ne paraît avoir conseillé de laisser en tutelle les femmes parvenues à la puberté; car cette raison, vulgairement reçue, que le plus souvent elles sont trahies par la faiblesse de leur esprit, et qu'il est juste de les gouverner au moyen d'un tuteur, est plus spécieuse que sérieuse; car, une fois qu'elles sont parvenues à la puberté, les femmes traitent elles-mêmes leurs affaires, et le tuteur donne son autorisation dans quelques cas seulement et pour la forme; souvent même il est forcé par le préteur de la donner malgré lui.

A la différence des impubères soumis à la tutelle, les femmes pubères administraient elles-mêmes leurs affaires, et l'autorisation de leurs tuteurs n'était requise que dans

quelques cas et pour la forme. On voit même que le préteur contraignait souvent les tuteurs à la donner.

§ 191. Unde cum tutore nullum ex tutela judicium mulieri datur : at ubi pupillorum pupillarumve negotia tutores tractant, eis post pubertatem tutelæ judicio rationem reddunt.

§ 191. Aussi ne donne-t-on à la femme contre son tuteur aucune action relative à la tutelle, au lieu que les tuteurs de pupilles rendent compte à ces derniers, après leur puberté, de leur administration, et y sont forcés par l'action de tutelle.

De ce que le tuteur n'administrait pas les biens de la femme placée sous sa tutelle, il résultait qu'il n'était pas tenu de rendre compte.

§ 192. Sane patronorum et parentum legitimæ tutelæ vim aliquam habere intelliguntur eo, quod hi neque ad testamentum faciendum, neque ad res mancipi alienandas, neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri coguntur, præterquam si magna causa alienandarum rerum mancipi obligationisve suscipiendæ interveniat ; eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut, quia ad eos intestatarum mortuarum hæreditates pertinent, neque per testamentum excludatur ab hæreditate, neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque ære alieno minus locuples ad eos hæreditas perveniat.

§ 192. Les tutelles légitimes des patrons et celles des ascendants paraissent sans doute avoir quelque force, parce que ces tuteurs ne sont pas obligés de fournir leur autorisation à la confection du testament de leur pupille, ni à l'aliénation des choses *mancipi*, ni aux obligations que leur pupille veut contracter, à moins qu'un motif grave d'aliéner les choses *mancipi* ou de contracter l'obligation ne se présente ; toutes ces dispositions sont prises dans l'intérêt des tuteurs eux-mêmes, pour que, l'hérédité des femmes, leurs pupilles, leur étant dévolue lorsqu'elles meurent sans testament, ils n'en soient pas exclus par un testament, et que l'hérédité n'arrive pas à eux moins riche, parce que les choses les plus précieuses auraient été aliénées.

Du reste, comme la tutelle légitime des patrons et celle

de l'ascendant émancipateur avaient été établies surtout dans l'intérêt des tuteurs, afin d'assurer la succession des femmes *sui juris* placées sous leur autorité, ils n'étaient pas contraints, comme les agnats tuteurs, à donner leur autorisation, sauf pour des cas graves.

§ 193. Apud peregrinos non similiter, ut apud nos, in tutela sunt feminæ, sed tamen plerumque quasi in tutela sunt : ut ecce lex Bithynorum, si quid mulier *ag*at, maritum auctorem esse jubet, aut filium ejus puberem.

§ 193. Chez les étrangers, les femmes ne sont pas en tutelle comme chez nous; mais cependant elles sont comme en tutelle presque en tout pays : par exemple, la loi des Bithyniens veut que, si une femme contracte, son mari ou son fils l'autorise à contracter.

§ 194. Tutela autem liberantur ingenuæ quidem trium liberorum, licet *in* legitima tutela sint : nam et cæteræ, quæ alterius generis tutores habent, vel atilianos, aut fiduciarios, trium liberorum jur*e liberantur*.

§ 194. Mais les femmes ingénues s'affranchissent de la tutelle, même légitime, en mettant au monde trois enfants, et les femmes non ingénues s'affranchissent de la tutelle atilienne et de la tutelle fiduciaire, toute autre que la tutelle légitime, en procréant le même nombre d'enfants.

La tutelle *légitime* des affranchies prenait fin par la procréation de quatre enfants, d'après la loi Papia Poppœa (§ 145).

§ 195. Potest autem pluribus modis libertina alterius generis *tutorem* habere, veluti si a femina manumissa sit; tunc enim e lege Atilia petere debet tutorem, vel in provincia *e lege* Julia et Titia, *nam patronæ tutelam libertorum suorum libertarumve gerere non possunt. Sed et quum a masculo* manumissa *fuerit* et auctore eo coemptionem fe-

§ 195. Une affranchie peut de plusieurs manières avoir un tuteur autre que le tuteur légitime, par exemple si elle est l'affranchie d'une femme ; alors, en effet, elle doit, pour obéir à la loi Atilia et aux lois Julia et Titia, dans les provinces, demander un tuteur, puisque les patronnes ne peuvent être tutrices; et encore lorsqu'elle est l'affran-

cerit, deinde remancipata et manumissa sit, patronum quidem habere tutorem desinit, incipit autem eum habere a quo manumissa est : qui fiduciarius dicitur. Item, si patronus pater familias in adoptionem se dedit, debet sibi *e lege Atilia vel Titia* tutorem petere. Similiter ex iisdem legibus petere debet tutorem liberta, si patronus decedit, nec ullum virilis sexus liberorum in familia relinquit.

chie d'un mâle qui l'a autorisée à se donner en coemption, qu'elle a été rémancipée et enfin émancipée, elle n'a pas son patron pour tuteur, mais celui qui l'a émancipée, et qu'on appelle tuteur fiduciaire. De même, si son patron, père de famille, s'est donné en adrogation, elle doit demander un nouveau tuteur selon le prescrit de la loi Atilia et Titia. En vertu des mêmes lois, une affranchie doit demander un tuteur lorsque son patron décède et ne laisse dans sa famille aucun enfant mâle.

Gaïus indique plusieurs cas dans lesquels la femme affranchie pouvait échapper au pouvoir de son tuteur.

§ 196. Masculi *autem quum* puberes esse cœperint, tutela liberantur......... quidem..... *nostri præceptores puberem* eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendi*t, hoc est* qui generare potest; sed in his, qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam ætatem esse spectandam, cujus ætatis puberes fiunt ; sed diversæ scholæ auctores annis putant pubertatem æstimandam, id est, eum puberem esse exis*timant, qui XIV annos explevit.*

§ 196. Mais les pupilles mâles sont délivrés de la tutelle à leur puberté : nos maîtres regardent comme pubère celui qui, par la forme extérieure de son corps, paraît capable d'engendrer ; mais quant à ceux qui ne peuvent devenir pubères, tels que les spadons, on ne les considère comme tels que lorsqu'ils ont atteint l'âge auquel on est généralement pubère. Les proculéiens pensent que la puberté est établie par l'âge, et regardent comme pubère celui qui a parfait sa quatorzième année, et comme telle la femme qui a achevé sa douzième année.

La tutelle finissait : 1° par la puberté du pupille; 2° par son décès ou son changement d'état; 3° par la mort du

tuteur ; 4° par sa grande et par sa moyenne *diminution de tête* ; 5° par l'événement de la condition ; 6° par l'échéance du terme qui y était apposé ; 7° par l'excuse que faisait prévaloir le tuteur ; 8° par son indignité (*Instit.*, *quib. modis tutela finitur*).

La puberté chez les mâles était fixée à quatorze ans accomplis. Dans le principe, elle avait lieu pour chacun suivant son développement physique ; mais la fixation résultant de l'âge finit par prévaloir et fut érigée en loi par Justinien. Chez les femmes, la puberté était fixée à douze ans accomplis. On se rappelle, au surplus, qu'encore au temps de Gaïus leur tutelle était perpétuelle.

Quand le pupille mourait ou devenait esclave, la tutelle ne pouvait plus s'exercer ; quand il devenait étranger, il en était de même, l'institution étant de droit civil, et, quand il passait dans une nouvelle famille, il devenait *alieni juris* par la petite diminution de tête ; il était placé sous la puissance paternelle.

Lorsque le tuteur mourait ou subissait une diminution de tête, grande ou moyenne, il y avait lieu à une nouvelle tutelle. Le changement de famille éprouvé par le tuteur ne faisait cesser que la tutelle légitime (*Inst.*, *quib. mod. tutel. fin.*, § 4). — On fait quelquefois une objection d'école en ce qui concerne ce dernier point. On dit que la loi 7, *pr.*, *de capitis minut.*, au Digeste, semble décider que les tutelles testamentaire et atilienne prenaient fin par la petite diminution de tête, car elle porte que ce changement d'état laisse subsister toute tutelle autre que celles *quæ* DEFERUNTUR *in jure alieno personis positis*. — Mais cette difficulté n'est pas sérieuse, car, en lisant la suite de la loi, on y voit que la tutelle légitime déférée aux agnats était la seule qui prît fin par le changement de famille du tuteur. Il faut donc traduire les mots « *exceptis his quæ jure alieno personis positis deferuntur*, » par ceux-ci : « à l'exception des tutelles qui étaient déférées, suivant le droit ancien, à des personnes déterminées. »

Trois enfants légitimes à Rome, quatre en Italie et cinq dans les provinces, autorisaient à s'excuser d'une tutelle autre que celle de ses enfants. On comptait les enfants morts en combattant. Les enfants émancipés comptaient également,

ainsi que ceux qu'on avait donnés en adoption. On supputait aussi à l'aïeul paternel les petits-enfants dont le père était décédé (*Instit.*, *de excusat. tutor.*).

L'administration du fisc, tant qu'elle durait, était une cause de dispense (*eod.*, § 1).

Il en était de même de l'absence pour le service de la république. Les dispensés de cette catégorie pouvaient, en outre, rejeter toute tutelle qui leur était déférée dans l'année de leur retour (*eod.*, § 2).

Les magistrats, même *municipaux*, étaient excusés de toute charge nouvelle pendant la durée de leurs fonctions (§ 3).

Les grammairiens, les rhéteurs, les médecins, les philosophes, exerçant à Rome ou dans leur patrie, pouvaient se dispenser d'être tuteurs (*eod.*, § 15).

Un procès de grande importance entre le pupille et son tuteur autorisait ce dernier à se démettre de sa charge (§ 4).

L'inimitié qui aurait dicté au testateur le choix d'un tuteur permettait à celui-ci de ne pas accepter la tutelle (§ 9).

Il en était de même de l'inimitié capitale que le tuteur aurait eue envers le père du pupille (§ 11).

Celui qui était chargé de trois tutelles ou curatelles qu'il n'avait pas demandées pouvait refuser une tutelle nouvelle, tant que duraient les premières. On ne comptait comme tutelles distinctes que celles qui donnaient lieu à une administration séparée (§ 5).

La pauvreté de celui qui avait besoin de son travail pour vivre et la maladie qui empêchait un citoyen de suffire à ses propres affaires étaient causes d'excuse. Il en était de même de l'impéritie basée sur l'ignorance (§§ 6, 7 et 8).

L'âge de 70 ans autorisait celui qui l'avait atteint à ne pas se charger d'une nouvelle tutelle, mais non à rejeter celle qu'il exerçait déjà (§ 13).

Les mineurs de 25 ans pouvaient s'excuser (V. *suprà*).

Les vétérans étaient également excusables (§ 14).

Les militaires étaient incapables (*eod.*)

Il en était de même des esclaves et des femmes (V. *suprà*).

Justinien déclara également incapables les fous, les muets et les sourds, qui, jusqu'à lui, n'étaient qu'excusables (L. 1, ff. *de tutelis*, et L. 10, *de leg. tutelâ*).

Le préteur à Rome, le président ou le lieutenant du proconsul dans la province, avaient pouvoir pour écarter les tuteurs *suspects* (*Instit.*, *de suspect. tutor.*).

Etaient suspects : 1° ceux qui géraient infidèlement; 2° celui qui commettait des fautes graves dans son administration; 3° celui qui avait de mauvaises mœurs; 4° celui qui ne se présentait pas devant le magistrat afin de faire fixer la somme à dépenser annuellement pour l'entretien du pupille (*Instit.*, *eod.*, et L. 6, ff. *ubi pupillus*...).

L'action en suspicion était purement civile. Elle pouvait néanmoins être exercée par tout le monde, même par les femmes (*Instit.*, *de suspect. tutor.*, § 3).

Le tuteur écarté pour *dol* était noté d'infamie; pour faute, il ne l'était pas (*eod.*, § 6).

Pendant la durée de l'instance en suspicion, l'administration était interdite au tuteur (*ib.*, § 7).

L'instance s'éteignait par la mort du tuteur (§ 8).

Toutes les fois que le tuteur était écarté pour fraude, il devait être renvoyé devant le juge criminel, le préfet de la ville à Rome, le gouverneur ou son lieutenant dans la province, pour y être puni (§§ 10 et 11, et L. 20, au C., *de administr. tutor.*).

§ 197. (*Pagina desideratur.*) * *Curatorem potest accipere masculus puber*, *si nondum ad* ætatem pervenerit, in qua res suas tueri possit; *idem* apud peregrinas gentes custodiri superius indicavimus.

§ 197. (*Une page entière est illisible; il y était question des curateurs.*)... Un citoyen mâle pubère peut recevoir un curateur jusqu'à l'âge où il est capable de défendre ses affaires : cette règle est observée chez les étrangers, comme nous l'avons fait remarquer.

Quoique parvenu à la puberté, l'homme n'est pas par cela même toujours capable de veiller à ses intérêts. C'est pourquoi, dès le milieu du VIe siècle de Rome, la loi Plétoria permit aux magistrats de nommer des curateurs aux pubères mineurs de 25 ans, lorsqu'ils étaient dissipateurs ou fous, ne faisant que renouveler à cet égard les dispositions de la loi des Douze Tables. Marc-Aurèle voulut qu'on donnât des curateurs aux adultes, sans autre motif que leur âge (L. 1,

§ 3, et L. 3, ff. *de min. 25 ann.;* L. 15, *de tutor. et curat. dat.*).

Toutefois, les pubères mineurs de 25 ans ne recevaient pas un curateur malgré eux (*Instit.*, *de curat.*, § 2), mais seulement sur leur demande (L. 13, § 2, *de tut. et curat. dat.*). Il était cependant enjoint au tuteur d'adresser à son pupille, à l'époque de sa puberté, l'invitation de demander un curateur (L. 5, § 5, ff. *de adm. et peric.*), invitation qui était comme un ordre pour lui, puisqu'on ne lui remettait pas l'administration de ses biens (L. 1, § 3, ff. *de min.* XXV *ann.*). — Quant aux pubères qui étaient restés *alieni juris* jusqu'à leur puberté, ils n'avaient de curateur qu'autant qu'ils en demandaient, et n'avaient de ressource contre les engagements qu'ils auraient souscrits avant 25 ans que la restitution en entier (L. 2, au Code, *si tutor. vel curat.*, et L. 3, *eod., de in integr. restitut.*).

Il était des cas pour lesquels le curateur était obligatoire pour tous les mineurs de 25 ans, savoir : celui d'un procès à soutenir, celui d'un payement à recevoir et celui du compte de tutelle à recevoir également (L. 7, § 2, ff. *de minor.* XXV *ann.*).

La curatelle était également obligatoire pour les personnes *sui juris* pubères atteintes de folie ou convaincues de prodigalité (*Instit.*, *de curat.*, § 3), pour les imbéciles, les sourds, les muets et tous les incurables (*eod.*, § 4).

La curatelle des fous et des prodigues était légitime et déférée par la loi aux agnats (*eod.*, § 3), mais dans le cas seulement où le père de famille était décédé intestat (Ulp., *Règ.* XII, 3). Hors ce cas, la curatelle était toujours déférée par le magistrat (*Instit.*, *de curat.*, § 1), par celui-là qui nommait les tuteurs (*V.* § 185).

La curatelle prenait fin quand celui qui y était soumis accomplissait sa vingt-cinquième année (L. 3, § 1, ff. *de tutelis*), et aussi lorsque la cause qui y avait donné lieu, telle que la folie, avait cessé (L. 1, ff. *de curat. fur.*). Le curateur donné au pupille, dont le tuteur était dans l'impossibilité d'agir, cessait ses fonctions dès que ce tuteur pouvait gérer ou à la puberté du pupille (L. 25, ff. *de tutor. et curat.*). Celui qui avait été donné pour une affaire spéciale n'avait plus de pouvoir dès que l'affaire était terminée.

Les curateurs pouvaient, comme les tuteurs, être écartés pour cause de suspicion (*Instit.*, *de suspect. tutor.* — V. *suprà*). Ils pouvaient aussi s'excuser comme les tuteurs (*Instit.*, *de excusat. tutor.*). Ajoutons que le tuteur d'un pupille n'était pas tenu d'en accepter la curatelle au moment de sa puberté (*eod.*, § 18), et que la mari pouvait renoncer à la curatelle sur sa femme (*eod.*, § 19).

Le curateur gérait les affaires de l'adulte qui lui était confié, lorsque ce dernier était incapable d'agir, et il se bornait à autoriser ses agissements, dans le cas contraire.

Les tuteurs et les curateurs étaient tenus de rendre compte de leur gestion, les premiers à la fin de la tutelle, et les seconds quand l'adulte qui leur était confié atteignait 25 ans (texte, § 191; — L. 7, ff. *de Atil. tutor.;* L. 4, *eod.*, *de tut. et rat.;* L. 7, § 11; L. 9, *eod.*, et Const. 2 et 14, au C., *de adm. tut.*). Toutefois le curateur d'un fou pouvait être contraint de rendre compte pendant la durée de ses fonctions (L. 3, § 4, *de tut. et rat. distr.*). On a vu, § 191, que les tuteurs des femmes n'avaient pas à rendre compte.

§ 198. Ex iisdem causis, et in provinciis a præsidibus earum curatores dari voluit.

§ 198. Dans les provinces, on nomme des curateurs dans les mêmes cas.

§ 199. Ne tamen et pupillorum et eorum qui in curatione sunt, negotia *a* tutoribus curatoribusque consumantur, aut deminuantur, curat prætor, ut et tutores et *curatores* eo nomine satisdent.

§ 199. Pour prévenir la détérioration ou la consommation par les tuteurs et curateurs des choses des pupilles et de ceux qui sont soumis à la curatelle, le préteur a soin d'exiger des tuteurs et curateurs une caution à ce titre.

Les tuteurs et curateurs étaient dans l'obligation de fournir caution avant de commencer leur gestion.

§ 200. Sed hoc non est perpetuum; nam et tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testamento probata est; et curatores, ad quos non e lege curatio per-

§ 200. Mais cette caution n'est pas toujours exigée; car les tuteurs testamentaires sont dispensés de la donner, parce que leur fidélité et leur zèle sont reconnus par le testateur même; et les curateurs

tinet, sed *qui* vel a consule, vel a præside provinciæ dantur, plerumque non coguntur satisdare, scilicet quia satis *idonei electi* sunt.

qui ne tiennent pas leur pouvoir de la loi, mais qui sont nommés par le consul, le préteur ou le président de la province, sont le plus souvent dispensés de fournir cette caution, sans doute parce que leur élection prouve qu'ils sont suffisamment propres à remplir leurs fonctions.

Étaient dispensés de fournir cette caution les tuteurs donnés par testament et les tuteurs et curateurs qui étaient nommés sur enquête (*Instit.* de Justinien, *de satisdat. tutor. vel curat.*, *pr.*). Le patron tuteur pouvait aussi être dispensé, après examen (L. 5, ff., § 1, *de legit. tutor.*), ainsi que le père (L. 13, § 1, ff. *de tutor. et curat. dat.*).

Quoique dispensés de caution, les tuteurs ou curateurs pouvaient indirectement être amenés à la fournir; cela arrivait lorsqu'il y avait plusieurs tuteurs testamentaires ou plusieurs tuteurs ou curateurs nommés sur enquête, et que, l'administration étant confiée à l'un d'eux, les autres ou l'un des autres offraient caution. Dans ce cas, le tuteur gérant devait ou fournir caution ou céder l'administration (*Instit., de satisdat. tutor. vel curat.*, § 1).

Dans le cas où le tuteur ou le curateur ne fournissait pas la caution qu'il était tenu de produire, le magistrat ordonnait la saisie d'une partie ou de la totalité de ses biens pour servir de garantie à sa gestion (*ib.*, § 3).

En outre de la garantie qu'avait le pupille ou l'adulte contre son tuteur ou son curateur, et contre la caution, dans les cas où elle était fournie, il pouvait encore recourir contre le magistrat chargé de recevoir cette caution, lorsque celle qu'il avait acceptée était insuffisante(*Inst., de satisd. tut. vel curat.*, § 2). Ce magistrat était tenu, à plus forte raison, lorsqu'il n'avait exigé aucune caution, dans les cas où elle devait être fournie (*eod.*). — Au surplus, ce n'était pas le magistrat chargé de nommer les tuteurs ou curateurs qui était tenu par cette action subsidiaire, mais le magistrat de la cité, chargé de recevoir la caution (*eod.*, § 4).Lorsque les magistrats municipaux furent, dans certains cas, chargés de nommer les

tuteurs et curateurs, ils furent, à la vérité, soumis au recours du pupille ou de l'adulte dans les cas prévus, mais c'était parce qu'ils faisaient la nomination du tuteur ou du curateur (M. Ortolan, t. II, p. 202).

L'action se donnait contre les héritiers du magistrat, mais seulement pour faute grave (L. 4, ff. *de magistrat. conveniend.*, et L. 2, au C., *eod.*).

COMMENTAIRE DEUXIÈME.

De rerum divisione.

§ 1. *Superiore commentario de jure personarum exposuimus :* modo videamus de rebus quæ vel in nostro patrimonio sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur.

§ 2. Summa itaque rerum divisio *in duos articulos deducitur : nam aliæ sunt divini juris*, aliæ humani.

§ 3. Divini juris sunt veluti res sacræ et religiosæ.

De la division des choses.

§ 1. Nous avons exposé, au commentaire précédent, le droit des personnes; parlons maintenant des choses : elles sont ou dans notre patrimoine ou hors de notre patrimoine.

§ 2. La division capitale des choses est celle des choses de droit divin et des choses de droit humain.

§ 3. Sont, par exemple, de droit divin les choses sacrées et les choses religieuses.

Notre auteur considère les choses en tant qu'elles sont ou non susceptibles de propriété. Celles qui étaient de droit divin (sacrées, religieuses ou saintes) ne pouvaient entrer dans le patrimoine des masses ou des particuliers. En conséquence, on ne pouvait ni les vendre ni les acquérir d'aucune manière (L. 1, ff. *de divisione rerum ;* — LL. 6 et 73, *eod., de contrah. emptione ;* — tit. VII, *ib., de religiosis*, et Justin., *Instit., de divis. rerum*, § 10). — Les choses de droit humain étaient celles qui étaient susceptibles d'être la propriété des masses ou celle des particuliers. On appelait *publiques* les choses qui appartenaient à des masses en commun et qui n'étaient à personne en particulier (texte, § 11 ; — L. 14, ff. *de adquir. rerum dominio*, et L. 17, *de verbor. signific.*). Telles étaient les choses *communes*, les choses appartenant au peuple et celles des corporations. Les autres choses étaient dites *privées*.

§ 4. Sacræ sunt, quæ diis superis consecratæ sunt; religiosæ, quæ diis manibus relictæ sunt.

§ 4. Sont choses sacrées celles qui sont consacrées aux divinités supérieures; sont religieuses les choses consacrées aux dieux mânes.

Au temps de Gaïus, les choses sacrées étaient celles qui avaient été consacrées par les prêtres aux dieux supérieurs. Sous les empereurs chrétiens, c'étaient celles qui étaient consacrées à Dieu par les prêtres chrétiens (Gaïus, *hìc*; — Justinien, *Inst.*, *de divisione rerum*, § 8).

§ 5. Sed sacrum * *fit locum* auctoritate * *populi lege de* ea re lata, aut senatusconsulto facto.

§ 5. Un lieu devient sacré par l'autorisation du peuple, soit en vertu d'une loi, soit en vertu d'un sénatus-consulte.

Une loi était nécessaire pour autoriser la consécration, ou tout au moins un sénatus-consulte, quand le peuple ne se réunit plus dans ses comices (Gaïus, *hìc*; — L. 6, § 3, ff. *de divis. rerum*). La condition se trouvait remplie quand l'empereur consacrait lui-même ou autorisait la consécration (L. 9, § 1, *eod.*).

§ 6. Religiosum vero nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, ut modo ejus mortui sumptus ad nos pertineat.

§ 6. Nous rendons religieux, par notre volonté seule, un lieu qui nous appartient, en y enterrant un mort, pourvu que ce soit à nous de faire les funérailles de ce défunt.

L'inhumation du corps, des os ou des cendres d'une personne libre ou esclave, faite, à perpétuelle demeure, dans un terrain qui n'était ni sacré ni religieux, lui donnait ce dernier caractère, si elle était faite par le propriétaire ou avec son consentement. Seulement, quand l'inhumation était faite sur le terrain d'autrui, ce terrain ne devenait religieux qu'avec le consentement du propriétaire. (LL. 2, §§ 4 et 5, et 40, ff. *de relig.*).

Quoique un terrain religieux ne fût pas, à proprement parler, susceptible de propriété privée, en ce sens qu'il ne pouvait être vendu ou acheté isolément, il était cependant réputé appartenir aux particuliers, en ce sens que certaines personnes avaient le droit exclusif d'y faire des inhumations, et aussi en ce qu'il pouvait être compris dans la vente d'un bien dont il faisait partie (L. 9, § 1, *ad leg. Jul. pecul.*; — L. 33, § 1, *de act. empt.*; — LL. 22, 23 et 24, *de contrah. empt.*).

§ 7. Sed in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in *eo solo* dominium populi Romani est vel Cæsaris; nos autem possessionem tantum *et* usumfructum habere videmus; utique tamen *ejusmodi locus, licet non sit* religiosus, pro religioso *habetur,* quia etiam *si* quod in provinciis non ex auctoritate populi Romani consecratum est, proprie sacrum non est, tamen pro sacro habetur.

§ 7. Mais la plupart des auteurs estiment qu'on ne peut rendre un terrain religieux dans les provinces, parce que la propriété du sol provincial est au peuple romain ou à l'empereur, et que nous paraissons n'en avoir que la possession et l'usufruit. Partout, cependant, on regarde comme religieux ce terrain qui ne l'est point, parce que, quoique ce qui est dans les provinces ne soit pas sacré, à proprement parler, n'étant pas consacré par l'autorité du peuple romain, on le considère néanmoins comme tel.

Les fonds provinciaux se distinguaient en *stipendiaires* et *tributaires*, suivant que la province où ils étaient situés appartenait au peuple ou à l'empereur. Les particuliers qui les détenaient n'avaient sur eux qu'un droit de possession et d'usufruit protégé par le droit prétorien; c'était comme une espèce de domaine *in bonis*, dont nous parlerons plus loin (§§ 20 et suiv.). Justinien fit disparaître ce droit du peuple ou du prince, qui, depuis longtemps déjà, était purement nominal (*Instit.*, *de divis. rer.*, § 40).

§ 8. Sanctæ quoque res, velut muri et portæ, quodam modo divini juris sunt.

§ 8. Les choses saintes, comme les murs et les portes, sont aussi, en quelque sorte, choses de droit divin.

Les choses *saintes* étaient les murailles de Rome ou des villes municipales, et toute autre chose protégée spécialement par la loi contre les injures et les atteintes de l'homme (LL. 8 et 11, ff. *de divis. rerum*). Justinien les place parmi les choses de droit divin (*Instit.*, *de rerum divis.*, § 10.)

§ 9. Quod autem divini juris est, nullius est; id vero quod humani juris est plerumque

§ 9. *Les choses de droit divin ne sont dans les biens de personne*, *mais ce qui est de*

alicujus in bonis est; potest autem et nullius in bonis esse; nam res hæreditariæ, antequam aliquis hæres existat, nullius in bonis sunt.

droit humain est le plus souvent dans les biens de quelqu'un, bien que cependant cela puisse n'être à personne, car les choses d'une hérédité ne sont à personne jusqu'à ce qu'un heritier les recueille.

Ce § 9 et les suivants, jusques et y compris le § 14, sont restitués d'après la loi 1, D., *de divisione rerum.*

§ 10. Hæ autem res, quæ humani juris sunt, aut publicæ sunt, aut privatæ.

§ 10. *Les choses de droit humain sont ou publiques ou privées.*

§ 11. Quæ publicæ sunt, nullius in bonis esse creduntur; ipsius enim universitatis esse creduntur; privatæ autem sunt quæ singulorum sunt.

§ 11. *Les choses publiques sont regardées comme n'étant dans les biens de personne; car on les considère comme appartenant à une corporation; les ehoses privées sont celles qui appartiennent à des particuliers.*

Les choses dont l'usage était commun à tous, mais dont personne ne pouvait physiquement s'attribuer la propriété exclusive, tels que l'air, l'eau courante, la mer, étaient dites *communes* ou *publiques* (Justin., *Instit.*, *de divis. rer.*, § 1, et L. 1, *pr.*, même titre, au Digeste). — Il en était de même des rivages de la mer, si ce n'est que les constructions faites sur ces rivages dans les conditions requises devaient être respectées comme propriété privée (*ib.*, et L. 3, § 1; — L. 4, *ne quid in loco publ.*, et L. 50, *de adquir. rer. dom.*). On considérait comme choses du peuple les fleuves et les ports (Justin., *loc. cit.*, § 2, et L. 15, ff. *de verb. signif.*). — Les places, les champs, les lacs, les étangs, dont le peuple était propriétaire, en faisaient également partie (L. 2, §§ 3, 21 et 22, ff. *ne quid in loco publico;* L. unique, *eod.*, *ut in flumine publico*). — L'usage de ces choses était commun à tous (même loi). — Au surplus, il était d'autres choses appartenant au peuple et dont l'usage n'était pas commun : tels étaient les esclaves du peuple, les mines et les objets donnés à loyer par le peuple (L. 17, § 1, ff. *de verbor. signific.*).

L'usage de la rive des fleuves était également public, mais la propriété de cette rive était dans le domaine des riverains (Just., *Instit.*, *de div. rer.*, § 4).

Il était permis aux corporations autorisées d'avoir des propriétés dont l'usage était commun à chacun de leurs membres: tels étaient les théâtres, les stades, les bains publics d'une cité (*Instit.*, *eod.*, § 6).—Les corporations pouvaient, au surplus, avoir d'autres biens dont l'usage n'était pas commun, des esclaves, par exemple (L. 7, § 1, ff. *quod cujuscumque universit.*, et L. 6, § 1, *eod.*, *de divis. rer.*).

On considérait les choses publiques comme appartenant à la corporation en commun, et non à chaque individu qui la composait.

§ 12. Quædam præterea res corporales sunt, quædam incorporales.

§ 13. Corporales hæ sunt quæ tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliæ res innumerabiles.

§ 12. *Les choses se divisent, en outre, en choses corporelles et en choses incorporelles.*

§ 13. *Les choses corporelles sont celles qui peuvent être touchées, comme un fonds, un homme, un habit, l'or, l'argent, et enfin d'autres choses sans nombre.*

Sont corporelles les choses qui tombent sous l'un de nos sens, tels qu'un fonds, un homme, l'or, l'argent, l'air. Sont incorporelles celles qui ne tombent pas sous les sens et qu'on ne considère jamais que comme des abstractions, comme les droits héréditaires, un usufruit, une servitude.

§ 14. Incorporales sunt, quæ tangi non possunt: qualia sunt ea quæ in jure consistunt, sicut hæreditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractæ; nec ad rem pertinet, quod in hæreditate res corporales continentur; nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus,

§ 14. *Sont incorporelles les choses qui ne peuvent être touchées, comme celles qui consistent dans un droit, telles qu'une hérédité, un usufruit, des obligations de toute sorte: peu importe que l'hérédité comprenne des choses corporelles, car les fruits qu'on perçoit sur un fonds sont aussi des corps, et ce qui nous est dû en vertu d'une obligation est le plus souvent corporel,*

homo, pecunia : nam ipsum jus successionis et ipsum jus utendi-fruendi, et ipsum jus obligationis incorporale est; eodem numero sunt et jura prædiorum urbanorum et rusticorum, quæ etiam servitutes vocantur...

comme un fonds, un esclave, de l'argent; cependant le droit de succession en lui-même, comme le droit d'usufruit et celui d'obligation, est une chose incorporelle; les droits d'héritages urbains et ruraux, qu'on appelle aussi servitudes, sont de la même nature.

Le droit de propriété est, en conséquence, chose incorporelle, si on le considère abstractivement; mais de tout temps les jurisconsultes romains l'ont rangé parmi les choses corporelles, en confondant la chose avec son objet, tellement que, dans les contestations qui s'élèvent sur le droit de propriété, c'est la chose, et non le droit, que revendique le demandeur (*infrà*, C. 4, § 16).

§ 15. Item. . . . . *nostri præceptores* statim, ut nata sunt, mancipi esse putant: *Nerva vero*, *Proculus*, et cæteri diversæ scholæ auctores non aliter ea mancipi esse putant, quam si domita sunt; et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc videri mancipi esse *quum ad ætatem pervenerint cujus domari solent.*

§ 15. . . . (*Il y a une lacune de quelques lignes dans le manuscrit.*) Ces animaux sont choses *mancipi* dès l'instant de leur naissance; mais Proculus et ses disciples pensent que ces animaux ne sont choses *mancipi* que s'ils sont domptés; et si, à cause de leur trop grande sauvagerie, on ne peut les dompter, on ne les considère comme choses *mancipi* que lorsqu'ils ont atteint l'âge auquel on a l'habitude de les dompter.

La troisième division comprend les choses *mancipi* et les choses *nec mancipi*. Les choses *mancipi* étaient celles qui étaient susceptibles d'être mancipées, c'est-à-dire d'être aliénées au moyen de la mancipation, dont notre auteur a tracé les formalités aux §§ 119 et suivants du commentaire précédent (*hìc*, § 22).

§ 16. Nec mancipi sunt, velut ursi, leones; item ea animalia, quæ ferarum bes-

§ 16. Sont au nombre des choses *nec mancipi* les ours et les lions, de même que les

tiarum numero sunt, velut elephantes et cameli, et ideo ad rem non pertinet, quod hæc animalia etiam collo dorsove *domantur*. . . . . mancipi esse; quædam non mancipi sunt.

autres animaux qu'on traite comme des bêtes féroces, par exemple les éléphants et les chameaux, et peu importe qu'ils soient domptés par le cou ou par le dos.

§ 17. Item fere omnia, *quæ incorpo*ralia sunt, nec mancipi sunt, exceptis servitutibus prædiorum rusticorum : *nam hæ quidem mancipi res* sunt, quamvis sint ex numero rerum incorporalium.

§ 17. De même, presque toutes les choses incorporelles sont *nec mancipi*, à l'exception des servitudes des héritages ruraux; car ces dernières sont choses *mancipi*, quoiqu'au nombre des choses incorporelles.

Les choses *nec mancipi* étaient celles qui n'étaient pas susceptibles de mancipation.

Cette division des choses existait au temps de la loi des Douze Tables, ainsi qu'il résulte du § 47 du présent commentaire, qui porte que, d'après les dispositions de cette loi, les choses *mancipi* appartenant à une femme placée sous la tutelle de ses agnats ne pouvaient pas être usucapées, à moins qu'elles n'eussent été livrées avec l'autorisation de son tuteur.

§ 18. Magna autem differentia est mancipi rerum et nec mancipi.

§ 18. La différence est grande entre les choses *mancipi* et les choses *nec mancipi*.

Ulpien, *Règle* XIX, § 1, énumère ainsi les choses *mancipi* :

1° Les héritages sur le sol de l'Italie, soit ruraux, comme les fonds de terre, soit urbains, comme une maison;

2° Les servitudes d'héritages ruraux en Italie, tels que les droits de passage et d'aqueduc;

3° Les esclaves et les bêtes de somme.

Toutes les autres choses étaient *nec mancipi*.

Ainsi, les bêtes sauvages étaient choses *nec mancipi* (§ 16), de même que les choses incorporelles, à l'exception des servitudes d'héritages ruraux en Italie (17 et 21).

Étaient choses *nec mancipi* les héritages hors d'Italie (§ 21), les choses mobilières (§ 20).

§ 19. Nam res nec *mancipi nuda traditione abalienari possunt*, si modo corporales sunt, et ob id recipiunt traditionem.

§ 19. Car on peut aliéner par la simple tradition les choses *nec mancipi*, pourvu qu'elles soient corporelles, et par conséquent susceptibles de tradition.

§ 20. Itaque si tibi vestem, vel aurum, vel argentum tradidero, sive ex venditionis causa, sive *ex donationis*, sive quavis alia ex causa, tua fit ea *res sine ulla juris solemnitate.*

§ 20. C'est pourquoi, si je vous ai livré un habit, de l'or ou de l'argent, pour cause de vente, de donation ou pour toute autre cause, mais avec intention d'en transférer la propriété, cette chose devient vôtre sans qu'il soit besoin de recourir à aucune solennité.

La tradition était un moyen d'acquérir du droit des gens pour les choses *nec mancipi.* Ce moyen consistait dans la remise de la chose qu'on voulait aliéner à celui qui voulait l'acquérir. La tradition *ex justâ causâ*, c'est-à-dire faite par celui qui pouvait aliéner ou de son consentement, avec l'intention d'en transporter la propriété à celui qui recevait cette livraison, lorsqu'elle avait pour objet une chose qui en était susceptible et qui était *nec mancipi*, rendait ce dernier propriétaire, *ex jure quiritium*, aussi bien que le faisaient la mancipation et la *cessio in jure* pour les choses *mancipi* (Ulpien, *Frag.* XIX, § 7). — Il n'en pouvait être ainsi à l'égard des fonds provinciaux, parce qu'ils n'étaient susceptibles que du domaine *in bonis* (§ 1). — Quand la tradition était d'une *res mancipi*, elle ne faisait pas acquérir le domaine *ex jure quiritium*, mais l'*in bonis*, qui pouvait être complété par la possession (*infrà*, §§ 40 et 41), à moins que cette tradition n'eût été faite par un *peregrinus* à un autre ou à un citoyen romain, ou réciproquement, parce que, suivant la remarque de M. Demangeat, t. I, p. 480, les étrangers ne pouvaient avoir qu'un seul *dominium* et ne pouvaient être considérés comme ayant acquis seulement l'*in bonis* ou ayant conservé le *jus quiritium* (*V.* sous le § 40).

A quel moment la tradition produisait-elle transfert de la propriété ? — En règle générale, dès qu'elle avait été opérée entre personnes capables et avec intention d'y attacher cet

effet (texte, *hìc*). — En matière de vente, cependant, on supposait que le vendeur avait subordonné l'abandon de son droit au payement du prix, et, nonobstant la tradition faite, on décidait qu'il restait propriétaire tant qu'il n'était pas payé (*Instit.*, *de divis. rerum*, § 41), sauf les cas où il était établi que le vendeur avait entendu renoncer à cet avantage (*loc. cit.*), ce qui se présumait lorsqu'il avait accepté un gage pour sûreté de son payement, ou reçu un *adpromissor* ou un fidéjusseur (L. 53, ff. *de contrah. empt.*).

La tradition des choses mobilières se faisait soit de la main à la main, soit d'une manière symbolique, par exemple par la remise des clefs du magasin où étaient déposées les choses qu'on voulait livrer; par la déclaration que faisait celui qui devait livrer, qu'il possédait pour celui à qui il était tenu de livrer; par la déclaration que faisait le maître, que celui qui jusque-là avait détenu sa chose comme commodataire ou locataire, la posséderait désormais à titre de propriétaire; par la mise de celui qui devait prendre livraison en présence de la chose à livrer, avec permission de l'enlever; enfin par la délivrance que faisait un débiteur, au nom et de l'ordre de son créancier, de la chose de ce dernier (LL. 79, ff. *de solution.*; —9, §§ 5 et 6, ff. *rerum quot. sive aur.*; —74, ff. *de contrah. empt.*; — 77, ff. *de rei vindic.*). La tradition des choses immobilières était censée faite lorsqu'on en prenait possession avec le consentement de celui qui voulait les aliéner (L. 2, C., *de acquir. possess.*).

§ 21. *In eadem* causa sunt *provincialia* prædia, quorum *alia stipen*diaria, alia tributaria vocamus. Stipendiaria sunt ea quæ in his provinciis sunt, quæ propriæ populi Romani esse intelliguntur. Tributaria sunt ea quæ in his provinciis sunt, quæ propriæ *Cæsaris esse cred*untur.

§ 21. Il en est ainsi des héritages provinciaux, qui se distinguent en stipendiaires et en tributaires. Sont stipendiaires les champs provinciaux qu'on considère comme la propriété du peuple romain; sont tributaires les héritages provinciaux qu'on regarde comme la propriété de l'empereur.

On peut s'étonner de ce que Gaïus considère les fonds provinciaux comme susceptibles d'être aliénés par tradition,

lorsque l'on sait qu'il était de règle que de tels fonds n'étaient pas susceptibles de propriété privée (*suprà*, § 7). — Mais il suffit, pour donner à notre texte un sens pratique, de se rappeler que les champs provinciaux pouvaient être l'objet d'une sorte de domaine *in bonis* au profit des particuliers (texte, § 7). — Dès le temps de Dioclétien, le *dominium* de tels fonds fut reconnu pour tous (*Fragm. Vaticana*, §§ 283, 315 et 316).

§ 22. Mancipi vero res *sunt* quæ per mancipationem ad alium transferuntur; unde mancipi res sunt dictæ; quod autem valet manci*patio*, *idem valet et in jure cessio*.

§ 22. Sont choses *mancipi* celles qu'on peut aliéner par la mancipation; c'est de là que leur vient le nom de choses *mancipi;* mais la cession devant le magistrat produit le même résultat que la mancipation.

Les choses *mancipi* ne pouvaient être aliénées que par la *mancipation* ou tout autre moyen du droit civil (§ 65), tandis que les choses *nec mancipi* pouvaient l'être par la simple tradition (Gaïus, *hìc*, § 19; — Ulpien, *Règ.* XIX, § 7), pourvu qu'elles fussent corporelles (§ 28. — *V.* sous le § 20).

Au temps de notre auteur, on distinguait deux sortes de domaines ou de droits de propriété : le domaine *quiritaire* et le domaine *in bonis* (§ 40). — On acquérait le domaine quiritaire des choses *mancipi* par la *mancipation*, par la *cessio in jure*, par l'*usucapion*, par l'*adjudication* et *la loi* (Ulpien, *ib.*, § 3, et Gaïus, *hìc*, § 65); et celui des choses *nec mancipi*, par l'*occupation* et la tradition (texte, §§ 19, 65 et suiv.; — Ulpien, *loc. cit.*), ainsi que par la *cessio in jure* (*hìc*, § 25), l'usucapion (Ulpien, *Règ.* XIX, § 8), l'adjudication (*ib.*, § 16) et la loi (*ib.*, § 17), qui étaient des moyens communs aux choses *mancipi* et aux choses *nec mancipi*. — On acquérait le domaine *in bonis* sur une chose *mancipi* alors qu'elle vous était simplement livrée par le véritable propriétaire, capable d'aliéner, et pour une juste cause (Gaïus, *hìc*, § 41. — *V.* aussi com. 3, § 80).

§ 23. *Sed manci*patio quidem quemadmodum fiat,

§ 23. Nous avons rapporté, au commentaire précédent,

superiore commentario tradidimus.

comment s'opère la mancipation.

Nous avons vu (com. 1, §§ 119 et suiv.) comment s'opérait la mancipation.

§ 24. In jure cessio autem hoc modo fit apud magistratum populi Romani, vel *apud* prætorem, vel apud præsidem provinciæ. Is cui res in jure ceditur, rem tenens ita dicit : HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ; deinde, postquam hic vindicaverit, *prætor interrogat* eum qui cedit, an contra vindicet, quo negante aut tacente, tunc ei qui vindicaverit eam rem addicit : idque legis actio vocatur, quæ fieri potest etiam in provinciis a*pud præ*sid*e*s e*arum*. . . . .

§ 24. La cession devant le magistrat *(in jure cessio)* se pratique ainsi en présence du magistrat du peuple romain, soit le préteur, soit le président de la province. Celui auquel on cède une chose devant le magistrat dit, en tenant cette chose : « JE DÉCLARE QUE CET HOMME EST A MOI D'APRÈS LE DROIT DES QUIRITES. » Après cette vendication, le préteur demande au cédant s'il ne revendique pas contrairement au premier vendiquant ; si le cédant répond négativement ou se tait, le préteur attribue la chose à celui qui a vendiqué : cela s'appelle une action de la loi, qui peut avoir lieu également dans les provinces devant les présidents.

La *cessio in jure* était un procès fictif introduit devant le magistrat, à la suite duquel il attribuait la chose à celui qui la revendiquait.

Nous parlerons de l'usucapion sous les §§ 42 et suiv. de ce commentaire ; de l'adjudication, sous les §§ 39 et suiv. du commentaire 4 ; de l'acquisition en vertu de la loi, en traitant des legs ; et de l'occupation, sous les §§ 65 et suiv. de ce commentaire. Nous avons parlé de la tradition sous le § 20.

On aurait tort de conclure de la fin de ce paragraphe qu'il y avait une sixième action de la loi. Gaïus dit formellement, au com. 4, § 12, qu'il n'y avait que cinq actions de la loi. Dans tous les cas où on avait recours à un emploi fictif de la vendication, qu'on retrouve dans l'action *sacramenti*, les juriscon-

sultes romains ne faisaient aucune difficulté d'appeler action de la loi l'acte dans lequel avait lieu cet emploi fictif, sans ajouter pour cela une sixième action de la loi aux cinq qui avaient été établies par la loi des Douze Tables.

§ 25. *Plerumque tamen et* fere semper mancipationibus utimur ; quod enim ipsi per nos præsentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum majore difficultate apud prætorem, aut apud præsidem provinciæ quærere.

§ 25. Le plus souvent cependant, et, presque toujours, nous faisons usage de la mancipation ; car il n'est pas nécessaire de recourir au préteur ou au président de la province pour faire, avec plus de difficulté, ce que nous pouvons faire en présence de nos amis.

§ 26. *At si* neque mancipata, neque in jure cessa sit res mancipi..... * *Sed tradita, in eam non habemus dominium quiritarium.....*
(Pagina integra legi non potuit.)

§ 26. Mais si une chose *mancipi* n'a été ni mancipée ni cédée devant le magistrat..... (*Toute une page est illisible dans le manuscrit. Le sens de ce paragraphe est, sans aucun doute, celui-ci:...* « Et qu'elle ait été seulement livrée par la tradition, nous n'acquérons pas sur elle le domaine quiritaire. »)

Le *dominium quiritarium* différait du domaine *in bonis* en ce qu'il donnait sur la chose qui en était l'objet le droit absolu d'user et de disposer, tandis que le propriétaire *in bonis* ne pouvait, selon le droit strict, disposer de la chose ni la revendiquer ; il avait seulement le droit d'en user et d'en percevoir les produits (Gaïus, §§ 40, 41 et 88, et com. 4, § 36; — Ulpien, *Règ.* XIX, § 20). Les citoyens romains étaient seuls capables du domaine *quiritaire*, et les pérégrins n'avaient qu'un seul *dominium* (§ 40).

Au surplus, Justinien supprima une distinction qui était devenue parfaitement inutile, par suite de l'introduction que le droit prétorien avait faite des actions utiles au profit du propriétaire *in bonis* (L. unique, au C., *de usucapione transformandâ),* comme il supprima, ainsi que nous l'avons dit sous le § 7, la différence entre les fonds italiques et les fonds

provinciaux qui, au temps de Gaïus, n'étaient susceptibles que d'une espèce de domaine *in bonis*. — Il fit disparaître, enfin, toute distinction entre les choses *mancipi* et les choses *nec mancipi* (même loi unique, au Code, *de usucapione*.)

§ 27. In summa *admonendi sumus* nexum Italici soli proprium jus *esse*, *provincialis soli non* esse : recipit enim nexus *significationem solum non aliter*, quam si *mancipi* est, *provinciale* vero *nec mancipi est*.

§ 27. En somme, nous devons être avertis que le *nexum* est un droit propre au sol italique, et ne peut atteindre le sol provincial : car le sol ne reçoit l'application du *nexum* que s'il est chose *mancipi*, et le sol provincial est chose *nec mancipi*, comme nous l'avons dit au sujet de la mancipation.

Dans l'ancien droit romain, le *nexum* s'entendait de tout ce qui se faisait sous la forme de la mancipation, soit qu'on voulût transférer la propriété ou former une obligation, soit qu'on voulût libérer quelqu'un d'une obligation précédemment contractée (Varron, *de linguâ latinâ*, VII, § 105; Gaïus, C. 3, § 174).

Celui qui était débiteur *ex nexo*, et qui n'acquittait pas sa dette, pouvait, après l'expiration d'un délai dont on ne connaît pas la durée, être l'objet d'une *manus injectio* et d'une *abductio* de la part de son créancier, qui, sans jugement, exerçait sur lui la contrainte privée et le plaçait, lui, sa famille et ses biens, sous une espèce de *mancipium* de fait (Denys d'Halicarnasse, V, 69; VI, 46 et 83; — Valère-Maxime, VI, 1, n° 9; — Varron, *de linguâ latinâ*, VII, 5 ; — Dion Cassius, VI, 41 ; — Tite-Live, II, 24; — Festus, v° *deminutus*). — Tant qu'il était dans cette situation, il devait ses services personnels comme un esclave, quoique, en droit, il restât *sui juris* (Tite-Live, II, 23; VI, 27; — Quintilien, V, 10, § 60; VII, 3, § 26).

Le *nexus* avait le droit, après l'accomplissement de son obligation, de contraindre son créancier à le relâcher (Giraud, *Du prêt à intérêt chez les Romains*, p. 98; — Zimmern, *Proc. privée chez les Romains*, § 45). — Ce dernier estime même qu'à la différence de l'*addictus* qui, en droit, conservait son état tant qu'il n'était qu'*addictus*, le *nexus* était *capite*

minutus jusqu'à ce qu'il eût été émancipé par son créancier; mais cela est contredit par M. Giraud, p. 75, qui convient toutefois qu'à une certaine époque de sa détention, le *nexus* éprouvait une atteinte dans son *existimatio*. — Il nous paraît difficile de concilier cette manière de voir avec ce texte de Paul Diacre (Ed. Muller, p. 20) : « *Deminutus capite appellabatur, et qui liber alteri mancipio datus est.* »

Le *nexus* entraînait dans la même condition que lui sa famille et ses biens, à la différence de l'*addictus*, qui entrait seul sous la puissance de son créancier, et qui pouvait encore disposer de ses biens en toute liberté (Tite-Live, II, 24; — Quintilien, III, 6; — L. Douze Tables, tab. 12). — Le *nexus* était admis au service militaire, et non l'*addictus* (Tite-Live, *eod.*; — Quintilien, 1, O. VII; — Valère-Maxime, VII, 6, 1). — *V.* C. 4, §§ 21 et suiv.

Il nous reste à examiner si, pour la formation du *nexum*, il était nécessaire qu'une chose fût mancipée.

Saumaise, *de modo usurarum*, p. 800 et suiv., a enseigné que le *nexum* impliquait la mise en servitude du débiteur. Mais cette opinion est contraire au principe suivant lequel l'homme libre ne pouvait devenir esclave (L. 1, ff. *quibus ad libertatem*; — L. 9, § 2, *eod.*, *de statu liberis*; — L. 37, *eod.*, *de natal. restituend.*), et à cette autre règle qu'il n'était pas compté parmi les *res mancipi*. — M. Sell, *de jur. rom. nexo et mancipio*, p. 22 et suiv., dit que c'étaient les *operæ futuræ* du débiteur qui étaient mancipées. Cette manière de voir doit aussi être rejetée par le motif qu'il y avait *nexum* quoiqu'il n'y eût pas de convention relative aux *operæ*.

M. Giraud estime qu'aucune mancipation n'avait lieu, et que les rapprochements que les jurisconsultes romains et les grammairiens font entre le *nexum* et le *mancipium* tiennent à ce que le *nexum*, avec ses conséquences juridiques, ne se formait qu'autant que les parties avaient traité *per æs et libram*, c'est-à-dire dans la forme employée pour la mancipation. Suivant cet auteur, la formule usitée devait être celle-ci : « *Quod ego tibi M. libras hoc ære æneaque libra nexas dedi, eas tu mihi post annum jura nexi dare damnas esto.* » — Nous aimerions mieux terminer par ces mots : « *ob eam rem tibi manum injicio,* » par la raison qu'on opérait la

saisie en vertu du contrat seul, hors de la présence du magistrat et du juge (Gaïus, com. 4, § 29).

La loi *Pœtelia*, portée en l'an de Rome 425, suivant Tite-Live, VIII, 28, et en l'an 435, suivant Varron, *de linguâ latinâ*, VII, § 105, abolit cette contrainte personnelle qui s'exerçait en vertu d'une simple convention (Cicéron, *de repub.*, II, 34; — Tite-Live, VIII, 28, et Varron, *loc. cit.*). — L'emprisonnement des *addicti* fut seul maintenu, avec certains adoucissements (Aulu-Gelle, XX, 1. — *V.* com, 4, § 21). — Il fut supprimé même à l'égard de ces derniers par Al. Sévère, quand ils faisaient cession de biens à leurs créanciers (L. 1, Code, *qui bon. cedere possunt*).

La saisie des biens, ordonnée par le magistrat, put être exercée par le créancier (Gaïus, III, 79 et suiv.). Quand l'emprisonnement conventionnel ne put plus avoir lieu, le contrat de gage et la convention d'hypothèque furent aussi de puissants moyens de coercition contre les débiteurs (*V.* com. 3, § 91).

§ 28. Incorporales *res* traditionem non recipere manifestum est.

§ 28. Il est évident que les choses incorporelles ne sont pas susceptibles de tradition.

La définition des choses *incorporelles* a été donnée au § 14.

§ 29. Sed jura prædiorum urbanorum in jure tantum cedi possunt; rusticorum vero etiam mancipari possunt.

§ 29. Mais les servitudes urbaines ne peuvent être aliénées que par la cession devant le magistrat ; les servitudes rurales peuvent, de plus, être mancipées.

On appelait *servitudes* les démembrements de la propriété d'autrui au profit d'une autre propriété ou d'une personne. Les servitudes existant au profit d'une autre propriété prenaient le nom de servitudes *réelles;* celles qui étaient établies au profit d'une personne étaient appelées *personnelles* (L. 1, ff. *de servitutibus*). Les servitudes réelles se divisaient en *rurales* et *urbaines*. Étaient rurales les servitudes qui avaient pour objet le sol, telles que celles de *passage*, de *puisage*, d'*abreuvage;* étaient urbaines celles qui ne se peuvent concevoir, abstraction faite de la superficie, soit à la ville, soit à la campagne, telles que celles de *vue, de ne pas bâtir* (L. 2,

ff. *de servit. præd. urbanorum;* — L. 1, *eod., de serv. pr. rustic.*). On appelait *prédiales* les servitudes réelles, parce qu'on ne pouvait les concevoir sans l'existence d'un fonds auquel elles étaient affectées (L. 1, ff. *commun. præd.*).

Les servitudes rurales pouvaient s'acquérir par *mancipation*, par *cessio in jure*, par *adjudication*, par *legs*, et aussi, pendant un temps, par *usucapion* (texte; — *Fragm. Vatic.*, § 47; — Paul, *Sent.*, 3, 6, § 17; — L. 4, § 29, ff. *de usurpat.*). Ceci n'était vrai, toutefois, que pour l'Italie et les terres admises à la participation du droit italique. Dans les provinces, où la propriété n'était pas reconnue, le droit prétorien venait au secours des particuliers au moyen des actions *utiles* et des interdits (V. *infrà*, C. 4, §§ 35 et suiv. et 139 et suiv.). — Des pactes et des stipulations intervenaient entre les parties qui voulaient constituer une servitude entre-vifs, de telle sorte que celui qui soumettait son fonds à la servitude s'obligeait par stipulation à ne rien faire pour en empêcher l'usage (texte, § 31). Quand cet usage s'était produit, il permettait au maître du fonds dominant de recourir à l'interdit ou à l'action publicienne utile (L. 20, ff. *de servitutibus*). — L'adjudication et le legs étaient admis également dans les provinces, mais non la mancipation, ni la *cessio in jure*.

Au temps de Justinien, toute différence ayant disparu entre le sol italique et le sol provincial, les divers moyens d'établir les servitudes furent les mêmes. Comme il n'y avait plus ni mancipation ni *cessio in jure*, et que l'*usucapion* avait subi de profondes modifications, nous ne voyons plus que l'adjudication, le legs et les pactes et stipulations qui fussent des moyens d'établir les servitudes.

Les servitudes s'éteignaient par la perte de l'un des fonds (L. 20, § 2, ff. *de servit. præd urb.*; — L. 13, *eod., de servit. pr. rust.*); par la confusion (L. 1, ff. *quemadmodum servitutes*); par la remise du droit (L. 14, § 1, ff. *de servit.*); enfin par le non-usage (LL. 20 à 25, ff. *quemadm. serv.*). Le non-usage devait être de deux années : il suffisait, sans autre condition, pour les servitudes rurales. Mais il fallait, en outre, à l'égard des servitudes urbaines, que le propriétaire du fonds servant eût fait quelque acte contraire à la servitude (L. 6, ff. *de servit. præd. urb.*, et LL. 20 à 25, pré-

citées). — Justinien substitua à ce délai celui de dix et vingt ans (L. 13, C., *de servit. et aquâ*).

§ 30. Ususfructus in jure cessionem tantum recipit. Nam dominus proprietatis alii usumfructum in jure cedere potest, ut ille usumfructum habeat, et ipse nudam proprietatem *retineat*. Ipse usufructuarius in jure cedendo domino proprietatis usumfructum, *efficit*, ut a se discedat et convertatur in proprietatem : alii vero in jure cedendo nihilominus jus suum retinet; creditur enim ea cessione nihil agi.

§ 30. L'usufruit n'est susceptible que de la cession devant le magistrat ; car le propriétaire peut céder, devant le magistrat, à quelqu'un l'usufruit de sa propriété, de telle sorte que le cessionnaire soit usufruitier et qu'il conserve lui-même la nue propriété. Lorsque l'usufruitier cède lui-même au propriétaire, devant le magistrat, l'usufruit, il fait que l'usufruit s'éloigne de lui et se confond avec la propriété ; mais l'usufruitier conserve son droit malgré la cession, devant le magistrat, qu'il en fait à un autre que le propriétaire ; car on pense que cette cession ne produit aucun effet.

V. ce que nous disons sous le paragraphe précédent et sous le § 33.

§ 31. Sed hæc scilicet in Italicis prædiis ita sunt, quia, et ipsa prædia mancipationem et in jure cessionem recipiunt; alioquin in provincialibus prædiis sive quis usumfructum, sive jus eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi ædes, aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur ; cæteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem prædia mancipationem,

§ 31. Les choses sont ainsi pour les héritages de l'Italie, parce qu'ils sont susceptibles de mancipation et de cession devant le magistrat. Dans les provinces, au contraire, celui qui veut constituer un droit d'usufruit, de passage, de conduite, de puisage, ou une servitude *altius tollendi*, ou une servitude *altius non tollendi*, pour qu'il ne soit pas nui aux jours du voisin, et tous autres droits, peut les constituer par pactes et stipulations, parce

aut *in* jure cessionem recipiunt.

§ 32. Et quum ususfructus et hominum et cæterorum animalium constitui possit, intelligere debemus, horum usumfructum etiam in provinciis per in jure cessionem constitui posse.

§ 33. Quod autem diximus usumfructum in jure cessionem tantum recipere, non est temere dictum quamvis etiam per mancipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest : non enim ipse ususfructus mancipatur, sed quum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit, ut apud alium ususfructus, apud alium proprietas sit.

que ces héritages ne sont susceptibles ni de mancipation ni de cession devant le magistrat.

§ 32. Puisque l'usufruit peut avoir pour objet les esclaves et les animaux, nous devons dire que, même dans les provinces, l'usufruit s'établit sur eux par la cession devant le magistrat.

§ 33. En disant que l'usufruit se constitue par la cession devant le magistrat seulement, nous n'avons rien dit de hasardé, bien qu'il puisse aussi être établi au moyen de la mancipation, alors qu'on le distrait de la propriété qu'on mancipe : dans ce cas, en effet, ce n'est pas l'usufruit même qui est mancipé; mais, comme il est déduit de la propriété qu'on mancipe, il arrive que l'usufruit reste à l'un et la propriété passe à l'autre.

Les servitudes personnelles étaient l'*usufruit*, l'*usage* et l'*habitation*. L'usufruit et l'usage pouvaient avoir pour objet des immeubles ou des meubles, à l'exception de ceux qui se consommaient par l'usage. A l'égard de ces derniers, il avait même été reçu qu'on pourrait les constituer en *quasi-usufruit* (LL. 2 et 5, ff. *de usufructu earun rerum*), à la charge par l'usufruitier de donner caution au nu-propriétaire qu'à la cessation de l'usufruit il restituerait une somme égale à la valeur de l'usufruit (*Instit.* de Justin., *de usufructu*, § 2).

L'usufruit pouvait se transmettre par la cession *in jure*, par testament, par pactes et stipulations, par l'adjudication et la loi (L. 6, ff. *de usufructu;* — Justinien, *Instit.*, *per quas personas*, §§ 1 et 2; texte, § 31. — *V.* sous le § 29).

Gaïus indique un cas dans lequel la mancipation paraît être un moyen de constituer l'usufruit. Mais qu'on le re-

marque, il s'agit plutôt de retenir cette portion de la chose qu'on mancipe que de créer un droit d'usufruit.

On pouvait jouir d'un usufruit personnellement, le vendre, le louer ou le donner (L. 2, ff. *de usufructu*). — Du § 30 de notre texte il résulte, toutefois, que la cession faite par l'usufruitier à un autre que le nu-propriétaire ne pouvait produire aucun effet, sans doute parce que l'usufruit, étant un droit attaché à la personne, ne pouvait être vendiqué. Mais il faut restreindre à ce mode de transmission l'exception indiquée par Gaïus.

L'usufruit prenait fin par la mort de l'usufruitier, par sa *capitis deminutio*, par le non-usage, par la cession au nu-propriétaire, par consolidation et par la perte de la chose (Justin., *Instit.*, *de usufructu*, § 3).

Au temps de Gaïus, toutes les diminutions de tête éteignaient l'usufruit; d'après Justinien (L. 16, C., *de usufructu*), la grande et la moyenne seules devaient produire ce résultat.

V., sous le § 29, ce que nous avons dit des servitudes quant à leur extinction par le non-usage.

A l'égard du *quasi-usufruit*, il s'éteignait par la mort ou la diminution de tête de l'usufruitier.

Si l'usufruit était constitué à terme ou sous condition, il prenait fin par l'échéance du terme ou l'arrivée de la condition.

L'usage s'acquérait et s'éteignait par les mêmes moyens que l'usufruit (Just., *Inst.*, *de usu et habit.*). — Le droit d'usage sur une maison ne permettait pas à l'usager de la louer (*ib.*, § 2). Il en était autrement du droit d'habitation (*ib.*, § 5).

§ 34. Hæreditas quoque in jure cessionem tantum recipit.

§ 34. Un droit héréditaire ne peut aussi être transféré que par la cession devant le magistrat.

§ 35. Nam si is, ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hæreditas, in jure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam hæres exstiterit,

§ 35. Ainsi, si celui auquel une hérédité appartient *ab intestat*, par droit de succession légitime, la cède, devant le magistrat, à un autre, avant

perinde fit hæres is, cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hæreditatem vocatus esset : post aditionem vero si cesserit, nihilominus ipse hæres permanet, et ob id creditoribus tenebitur; debita vero pereunt, eoque modo debitores hæreditarii lucrum faciunt; corpora vero ejus hæreditatis perinde transeunt ad eum, cui cessa est hæreditas, ac si ei singula in jure cessa fuissent.

d'avoir fait adition, c'est-à-dire avant d'avoir été héritier, le cessionnaire devient héritier comme s'il avait été appelé à l'hérédité par la loi; mais si l'héritier *ab intestat* cède l'hérédité après avoir fait adition, il reste néanmoins héritier et tenu, à cause de cela, envers les créanciers; ce qui est dû à l'hérédité périt, et de cette manière les débiteurs de l'hérédité font un bénéfice; mais les choses corporelles de l'hérédité sont acquises au cessionnaire, comme si chaque objet en particulier lui avait été cédé devant le magistrat.

§ 36. Testamento autem scriptus hæres ante aditam quidem hæreditatem in jure cedendo eam alii nihil agit; postea vero quam adierit si cedat, ea accidunt, quæ proxime diximus de eo, ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hæreditas, si post aditionem *in* jure cedat.

§ 36. Un héritier testamentaire qui cède l'hérédité avant d'avoir fait adition fait un acte de nul effet; mais, s'il fait la cession après l'adition, il arrive ce que nous avons dit en parlant de celui auquel appartient une hérédité *ab intestat*, et qui la cède après avoir fait adition.

L'*in jure cessio* était le seul moyen du droit civil à l'aide duquel on pouvait transférer une hérédité. L'héritier *ab intestat* pouvait transmettre son droit, soit avant d'avoir fait adition, soit après. Dans le premier cas, le cessionnaire était considéré comme héritier, et le cédant comme ne l'ayant jamais été; d'où la conséquence que toutes les actions actives et passives de la succession passaient sur la tête du cessionnaire. Dans le second cas, le cédant restait héritier, par la raison que celui qui avait été une fois héritier était toujours héritier; le cessionnaire acquérait seulement les choses de l'hérédité comme objets particuliers, et, comme les créances n'étaient pas susceptibles de transport d'après

le droit civil, il ne pouvait pas se prévaloir de la cession contre les débiteurs héréditaires. Le cédant ne pouvait plus les exercer lui-même, quoiqu'il restât héritier et tenu, à cause de cela, envers les créanciers de la succession. La raison en était, sans doute, dans ce fait qu'il avait manifesté, en cédant l'hérédité, l'intention d'y rester étranger. L'héritier testamentaire, ne pouvant céder ses droits qu'après l'adition, car il n'en avait qu'après l'acceptation, ne pouvait non plus, d'après le droit civil, faire une cession *in jure* quant aux créances héréditaires.

Hâtons-nous de dire que le droit des gens était plus favorable à l'héritier et que, lorsque ce dernier avait *vendu* l'hérédité, il restait bien héritier, à la vérité, mais qu'il était tenu vis-à-vis de l'acheteur de tout ce qu'il en avait retiré par voie de compensation ou autrement, ce qui prouve qu'il conservait les actions héréditaires contre les tiers (LL. 6 et 23, ff. *de hæreditate vel act. vend.*).

Au surplus, dès qu'on eut admis la possibilité d'exercer ses actions par procureur, le vendeur pouvait donner mandat à l'acheteur à l'effet d'agir par procuration. Dans cette hypothèse, l'acheteur était appelé *procurator in rem suam*, parce que le bénéfice de l'action ne pouvait lui être retiré. On finit même par admettre, sous le régime des constitutions impériales, à son profit, les actions *utiles* (L 1, au Code, *de oblig.*, et L. 7, *eod.*, *de hæred. vel act. venditâ*;—texte, § 39).

La *novation* était aussi un moyen du droit civil par lequel un nouveau créancier pouvait être substitué à l'ancien, le même débiteur consentant à s'obliger envers ce nouveau créancier et se trouvant libéré envers le premier. Mais comme la novation éteignait l'ancienne dette pour en créer une nouvelle, d'où il suivait que les sûretés affectées à la première ne passaient pas à la seconde, ce moyen était moins avantageux que celui d'une procuration, qui assurait à l'acquéreur le bénéfice des garanties attachées à la créance du vendeur (texte, § 38, et C. 3, § 176). — Comme, d'un autre côté, la novation ne pouvait avoir pour objet qu'une créance distincte, et non une universalité, notre auteur a eu raison de dire plus haut que la *cessio in jure* était le seul moyen de transporter une hérédité.

§ 37. Idem et de necessariis hæredibus diversæ scholæ auctores existimant, quod nihil videtur interesse, utrum adeundo hæreditatem fiat hæres, an invitus existat, quod quale sit, suo loco apparebit; sed nostri præceptores putant, nihil agere necessarium hæredem, quum in jure cedat hæreditatem.

§ 37. Les proculéiens pensent qu'il en est ainsi des héritiers nécessaires, parce qu'il leur paraît peu important qu'un héritier devienne tel par l'adition, ou soit tel malgré lui : nous expliquerons en son lieu comment cela arrive; mais nos maîtres pensent qu'un héritier nécessaire fait un acte nul quand il cède devant le magistrat l'hérédité qui lui est déférée.

S'agit-il, dans ce paragraphe, des héritiers nécessaires proprement dits, ou des héritiers siens et nécessaires, ou des uns et des autres à la fois ? On peut soutenir qu'il s'agit seulement des héritiers nécessaires, parce que ce § 37, étant placé à côté d'un paragraphe qui s'occupe de la cession faite par un héritier testamentaire, n'a trait qu'aux héritiers testamentaires, et parce que les jurisconsultes romains ne désignent jamais les héritiers siens et nécessaires par les mots *hæredes necessarii* sans intercaler entre eux le pronom *sui*. Cependant le § 87 du commentaire 3 semble justifier l'opinion de ceux qui soutiennent qu'il s'agit ici des héritiers siens et nécessaires, aussi bien que des héritiers nécessaires.

§ 38. Obligationes quoquomodo contractæ nihil eorum recipiunt; nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possumus, sed opus est, ut jubente me tu ab eo stipuleris : quæ res efficit, ut a me liberetur, et incipiat tibi teneri; quæ dicitur novatio obligationis.

§ 38. Les obligations, de quelque manière qu'elles aient été contractées, n'admettent aucun de ces modes de translation; car, si je veux vous rendre créancier de ce qui m'est dû, je ne puis le faire par aucun des moyens qui servent à transférer des choses corporelles; mais il faut que, sur mon ordre, vous stipuliez de mon débiteur; cela fait que mon débiteur est libéré envers moi, et commence à être votre débiteur : cela s'appelle nover une obligation.

§ 39. Sine ac vero novatione non poteris tuo nomine agere; sed debes ex persona mea, quasi cognitor, aut procurator meus, experiri.

§ 39. Mais sans cette novation vous ne pourrez pas agir en votre nom : vous devrez agir de mon chef, comme mon *cognitor* ou mon procureur.

La novation est un moyen d'éteindre les obligations, et non un mode d'acquérir. Nous en parlerons sous le § 176 du com. 3.

§ 40. Sequitur ut admoneamus, apud peregrinos quidem unum esse dominium, ita ut dominus quisque sit, aut dominus non intelligatur. Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur : aut enim ex jure quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus ; sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure quiritium dominus, alius in bonis habere.

§ 40. C'est le moment d'avertir que chez les pérégrins il n'y a qu'un seul domaine, de telle sorte que chacun est propriétaire ou ne l'est pas. Autrefois le peuple romain faisait aussi usage d'un tel droit : chacun était, en effet, propriétaire d'après le droit des quirites, ou n'était pas propriétaire ; mais, par suite, le domaine fut divisé de sorte que quelqu'un pût être propriétaire d'une chose d'après le droit des quirites, et quelqu'un autre avoir la même chose dans ses biens.

V. ce que nous disons sous les §§ 22 et 26.

§ 41. Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero, neque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex jure quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias : semel enim impleta usucapione proinde pleno jure incipit, id est, et in bonis, et ex jure quiritium tua res esse, ac si ea mancipata, vel in jure cessa *esset*.

§ 41. Car, si je ne vous ai ni mancipé ni cédé devant le magistrat une chose *mancipi*, mais si je vous l'ai simplement livrée, cette chose, à la vérité, entre dans vos biens; mais elle restera mienne, d'après le droit des quirites, jusqu'à ce que vous l'ayez usucapée par la possession : car, une fois que le temps de l'usucapion sera accompli, elle sera vôtre suivant le droit civil; c'est-à-dire que vous l'aurez

dans vos biens et dans votre domaine quiritaire, comme si elle vous avait été mancipée ou cédée devant le magistrat.

L'usucapion, moyen d'acquérir reconnu par le droit civil, étant la conséquence de la possession, il importe de faire connaître les principes admis par le droit romain sur la possession. Ils seront exposés sous les paragraphes suivants.

Justinien ayant fait disparaître l'ancienne distinction entre le domaine quiritaire et le domaine *in bonis* (*V.* § 26), il en résulte que, sous ce prince, le cas d'application de l'usucapion prévu par notre § 41 n'était plus recevable.

§ 42. Mobilium quidem rerum anno completur *usucapio*, fundi vero et ædium biennio : et ita lege XII Tabularum cautum est.

§ 42. L'usucapion des choses mobilières s'accomplit par une année; celle d'un fonds et celle d'un édifice, par deux ans : la loi des Douze Tables l'a réglé ainsi.

Considérée en elle-même et d'après son origine, la possession n'était qu'un simple fait (L. 1, § 3, ff. *de acquirendâ vel amittendâ possessione*).—Mais à ce fait vinrent se rattacher successivement certaines conséquences juridiques, ce qui a fait dire à Papinien : « *Possessio non tantum corporis, sed juris est* » (*eod.*, L. 49, § 1).

On distinguait la possession *civile* de la possession *naturelle*. La première était protégée par le droit civil et pouvait conduire à l'usucapion au bout d'une année à l'égard des meubles, et de deux années quant aux immeubles; elle était toujours *animo dominantis* (Pothier, *Pandectes*, *de acquir. vel amit. poss.*, sect. 1, art. 2, n° 2, et Savigny, *Traité de la possession*, 1re partie, §§ 1 et 2). —La seconde était celle que le droit civil ne protégeait pas, mais au secours de laquelle venait le droit prétorien; elle ne pouvait pas conduire à l'usucapion, mais elle avait le bénéfice des interdits (*ibidem*).

Justinien modifia les délais de l'usucapion : il voulut trois années de possession pour les meubles, et 10 ou 20 ans pour les immeubles (*Inst.*, *pr.*, *de usucap.*), suivant que l'ancien propriétaire était présent ou absent.

§ 43. Cæterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quæ non a domino nobis traditæ fuerint, sive mancipi sint eæ res, sive nec mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, quum crederemus eum, qui tradiderit, dominum esse.

§ 43. Du reste, nous pouvons aussi usucaper les choses qui nous ont été livrées par un autre que le véritable propriétaire, qu'elles soient choses *mancipi* ou choses *nec mancipi*, pourvu que nous les ayons reçues de bonne foi, parce que nous croyions que celui qui nous en faisait la tradition en était propriétaire.

Avaient la possession civile, pouvant conduire à l'usucapion, s'ils étaient de bonne foi, tous ceux qui possédaient *ex justâ causâ*, tels que l'acheteur, le donataire, le légataire, le mari qui avait reçu à titre de dot, ou celui qui recevait certains objets comme faisant partie de la dot lors de sa restitution, celui qui avait reçu un esclave par suite d'un abandon noxal, enfin tout possesseur *pro suo*, qu'il tînt la chose du propriétaire ou d'un tiers (L. 3, § 21, ff. *de acq. vel am. poss.*). — Notre auteur indique deux cas où, par exception, la possession *pro suo* conduisait à l'usucapion celui-là même qui n'était pas de bonne foi (*infrà*, §§ 52 et suiv., 59 et suiv.).

Avaient la possession naturelle, le créancier gagiste, le séquestre (pourvu qu'on lui eût remis la chose dans l'intention de l'en rendre possesseur), le preneur à précaire, ceux qui possédaient sans droit ou en vertu d'un titre non reconnu par le droit, ceux qui possédaient sans titre, tels que le *prædo* (LL. 1, § 4; 6, § 1, et LL. 16, 37 et 39, *eod.*; — L. 37, ff. *de pigneratitiâ actione*; — L. 2, § 3, *de precario*).

Quant aux détenteurs qui tenaient la chose pour autrui, et qu'on désigne quelquefois comme la possédant, ils n'étaient point véritablement possesseurs, mais seulement *en possession* : ainsi le *preneur*, le *commodataire*, le *dépositaire* (L. 10, *de acq. vel amit.*; — Pothier, *Pandectes*, sur ce titre).

§ 44. Quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, quum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni, aut biennii spatium, quod

§ 44. L'usucapion a été admise pour que les choses ne restassent pas trop longtemps sans maître, alors qu'il suffisait au propriétaire d'avoir une année ou deux pour re-

tempus ad usucapionem possessori tributum est.

§ 45. Sed aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, nunquam tamen illi usucapio procedit : velut si quis rem furtivam aut vi possessam possideat ; nam furtivam lex XII Tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Julia et Plautia.

chercher sa chose, temps nécessaire au possesseur pour usucaper.

§ 45. Mais quelquefois il arrive que l'usucapion ne peut pas s'accomplir au profit de celui qui possède la chose d'autrui, alors même qu'il la possède de très-bonne foi, par exemple lorsqu'il possède une chose volée ou prise de force; car la loi des Douze Tables défend l'usucapion des choses volées, et la loi Julia et Plautia l'usucapion des choses prises de force.

Nous allons examiner plusieurs cas dans lesquels l'usucapion ne pouvait s'accomplir.

Le premier était celui où l'on avait possédé une chose volée ou prise de force. — Nous devons à ce sujet entrer dans quelques détails.

La possession était *juste* ou *injuste :* juste, si elle était légitime, si on y avait droit; injuste, dans le cas contraire. La possession civile était toujours *juste;* la possession naturelle avait tantôt ce caractère, tantôt le caractère opposé. Ainsi, la possession du créancier gagiste était juste; celle du *prædo* était, au contraire, toujours injuste. Mais cette division de la possession en *juste* et en *injuste*, dans le sens qui précède, se rapportait à l'idée de la possession, qu'elle fût civile ou naturelle, ou même une simple détention (L. 7, § 8, ff. *communi dividundo ;* — L. 3, § 23, ff. *de possessione*). En conséquence, elle est peu importante, puisqu'elle ne sert pas à déterminer les effets attachés à la possession, et ne doit pas nous arrêter davantage. La même division, prise dans un autre ordre d'idées, offre plus d'intérêt, car elle nous fait connaître ses effets. Dans ce dernier sens, on opposait la possession *juste* (qui pouvait conduire à l'usucapion quand elle était *civilis*, et était toujours protégée par les interdits) à la possession *vicieuse* (qui n'amenait jamais à l'usucapion, mais était secourue souvent par les interdits), c'est-à-dire à celle qui était

violente, clandestine ou précaire, ou à celle qui était simplement *injusta*, c'est-à-dire sans bonne foi, et toutefois non violente, ni clandestine, ni précaire, quand, par exemple, quelqu'un avait acheté de celui qu'il savait n'être pas propriétaire. La possession était violente toutes les fois qu'on s'en était emparé en chassant le détenteur ou en l'empêchant de reprendre la chose. Elle était clandestine lorsqu'on s'en était emparé furtivement, à l'insu de celui qu'on soupçonnait devoir la disputer. Elle était précaire quand elle avait été concédée sous la condition qu'elle cesserait à la volonté du concédant (L. 13, § 1, ff. *de publicianâ*;—L. 22, § 1, ff. *de noxal. act.*;—L. 7, § 8, *ib.*, *comm. dividund.*;—L. 3, § 23, *de possessione*;—L. 6, *pr.*, et § 1, ff. *quod vi aut clam*;—L. 37, ff. *de acquirendâ vel amittendâ possessione*;—L. 1, *pr.*, ff. *de precario*).

Pour juger si une possession était violente ou clandestine, on considérait uniquement le commencement de cette possession (L. 6, ff. *de acquirendâ vel amittendâ possessione*;—L. 40, § 2, *ib.*).

Observons que les vices de violence, de clandestinité ou de précaire, n'étaient nuisibles au possesseur qui voulait user des interdits qu'autant que sa possession avait ce caractère relatif vis-à-vis de son adversaire, qu'ils n'auraient pu lui être opposés par un tiers (Justin., *Instit.*, *de interdictis*, § 4; — Gaïus, C. 4, § 151).

En matière d'usucapion, au contraire, comme il fallait que la possession fût de bonne foi et à titre de propriétaire, les vices de violence, de clandestinité ou de précaire étaient absolus (texte, §§ 43 et 45).

La possession ne s'appliquait qu'aux choses corporelles; mais on appelait *quasi-possession* l'exercice d'un droit réel, démembrement de la propriété; et, par similitude avec la possession proprement dite, cette quasi-possession était protégée par le préteur (*V.* notre *Traité des actions*, nos 388 et suiv.).

Remarquons sur ce paragraphe qu'il y a deux lois Julia sur la violence : la première, sur la violence publique; la seconde, sur la violence privée. Toutes les deux furent portées en l'an 746 de Rome. La loi Plautia, portée en 665 de Rome, fut

refondue dans les deux lois Julia : c'est pourquoi Gaïus désigne les deux lois Julia et la loi Plautia sous le nom unique de loi Julia et Plautia.

§ 46. Item provincialia prædia usucapionem non recipiunt.

§ 46. Les champs provinciaux ne peuvent pas non plus être usucapés.

Ce paragraphe indique un nouveau cas dans lequel l'usucapion était inapplicable. C'était la conséquence du principe déjà exposé que les fonds provinciaux n'étaient pas susceptibles de passer dans le domaine quiritaire. Justinien ayant supprimé la distinction entre les deux domaines, il en résulta que l'usucapion fut reçue dans les provinces comme à Rome.

§ 47. Mulieris, quæ in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, præterquam si ab ipsa, tutore *auctore*, traditæ essent : id ita lege XII Tabularum cautum.

§ 47. Les choses *mancipi*, qui appartenaient à une femme placée sous la tutelle de ses agnats, ne pouvaient pas être usucapées, à moins qu'elles n'eussent été livrées par elle-même avec l'autorisation de son tuteur : ainsi l'avait réglé la loi des Douze Tables.

La loi des Douze Tables ne permettait pas l'usucapion des choses *mancipi* appartenant aux femmes en tutelle de leurs agnats. Il est à croire qu'on étendit cette règle à tous les cas (*Fragm. Vaticana*, § 1). — Quoi qu'il en soit, cette tutelle légitime ayant disparu, l'usucapion put avoir lieu à l'égard des biens des femmes, sauf ce qui concerne le bien dotal.—*V.* § 63.

§ 48. Liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse manifestum est.

§ 48. Il est évident qu'on ne peut usucaper ni les hommes libres, ni les choses sacrées, ni les choses religieuses.

Les hommes libres et les choses désignées dans ce paragraphe ne pouvaient faire l'objet d'un droit de propriété privée : ils ne pouvaient donc être usucapés.

§ 49. Quod ergo vulgo dicitur, furtivarum rerum et vi possessarum usucapionem per

§ 49. Lorsqu'on dit vulgairement que l'usucapion des choses volées ou possédées

legem XII Tabularum prohibitam esse non eo pertinet, ut *ne ipse* fur, *quive per* vim *possidet*, usucapere possit, nam huic alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possidet : sed nec ullus alius, quanquam alio bona fide emerit, usucapiendi jus habeat.

par violence est prohibée par la loi des Douze Tables, cela ne veut pas dire que le voleur lui-même, ou celui qui s'est rendu possesseur par violence, ne peuvent pas usucaper, car c'est une autre raison qui empêche l'usucapion de leur compéter, à savoir qu'ils possèdent de mauvaise foi; mais cela veut dire que personne, bien qu'il ait acheté de bonne foi la chose volée ou prise par violence, ne pourra l'usucaper.

Celui qui avait volé une chose mobilière et celui qui avait pris possession d'un fonds par violence ne possédaient pas de bonne foi. Il allait de soi qu'ils ne pouvaient usucaper. C'est donc aux tiers auxquels ils avaient transmis la chose que l'usucapion dut être interdite.

§ 50. Unde in rebus mobilibus non facile procedit, *ut bonæ fidei possessori usucapio com*petat, quia, qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit; idemque accidit, etiam si ex alia causa tradatur. Sed tamen hoc aliquando aliter se habet; nam si hæres rem defuncto commodatam, aut locatam vel apud eum depositam, existimans eam esse hæreditariam, vendiderit aut donaverit, furtum non committit; item, si is ad quem ancillæ ususfructus pertinet partum, etiam suum esse credens, vendiderit aut donaverit, furtum non committit: furtum enim sine affectu furandi non committitur. Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem

§ 50. Aussi l'usucapion des choses mobilières n'a-t-elle pas lieu facilement au profit du possesseur de bonne foi, parce que le vendeur d'une chose appartenant à autrui commet un vol; il en est de même aussi lorsqu'il livre cette chose pour une cause autre qu'une vente. Mais cependant il en peut être différemment quelquefois; car, si un héritier vend ou donne, parce qu'il la croit chose de l'hérédité, une chose qui a été livrée en commodat au défunt, ou qui lui a été louée, ou qui a été déposée chez lui, il ne commet pas un vol; de même, si celui qui a l'usufruit d'une esclave vend ou donne le part de cette esclave, parce qu'il le croit sien, il ne com-

alienam ad aliquem transferat et efficiat, ut a possessore usucapiatur.

met pas un vol, car on ne vole pas sans dessein de voler. Il peut arriver de plusieurs autres manières que, sans qu'il y ait vol, quelqu'un transfère à un autre la chose d'autrui, et le mette à même de l'usucaper.

V. ce que nous disons sous les §§ 45 et 49.

§ 51. Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi possessionem nancisci, quæ vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit, vel longo tempore afuerit; nam si ad alium bona fide accipientem transtulerit, poterit usucapere possessor; et quamvis ipse qui vacantem possessionem nactus est, intelligat, alienum esse fundum, *tamen* nihil hoc *bonæ fidei* possessori ad usucapionem nocet, *quum* improbata sit eorum sententia, qui putaverint, furtivum fundum fieri posse.

§ 51. On peut également posséder le fonds d'autrui sans violence : si, par exemple, le maître le laisse vacant par négligence, ou si ce maître meurt sans héritiers, ou s'il s'est absenté depuis longtemps; car si on transfère ce fonds à quelqu'un qui le reçoit de bonne foi, ce possesseur pourra l'usucaper; et quoique celui qui avait pris la possession vacante sût que le fonds était à autrui, cela ne nuit en rien à l'usucapion du possesseur de bonne foi, puisqu'on n'a pas admis la décision de ceux qui pensaient qu'un fonds pouvait être volé.

La possession s'acquérait par le *fait* et par l'*intention* réunis (L. 3, § 1, ff. *de acquir. vel amitt. possess.*).

Il y avait *fait de possession* alors qu'une chose était matériellement placée sous la puissance exclusive de quelqu'un; mais il n'était pas nécessaire de la tenir sous la main. En conséquence, le fait de possession corporelle d'un objet mobilier résultait non-seulement du contact immédiat, mais encore de ce que, sur l'ordre de quelqu'un, on avait mis cet objet à sa portée (L. 1, § 21, et L. 51, ff. *de acquir. vel am. poss.*, et L. 79, *de solutionibus*); ou du dépôt fait, dans la maison d'un acheteur, de la chose achetée, alors même qu'aucune appréhension physique n'aurait été exercée sur elle, soit par l'acheteur, soit par les membres de sa famille (L. 18, § 2, *de acq. vel am.*

poss.;—L. 9, § 3, *de jure dot.);* ou encore de la remise des clefs des magasins contenant les objets qu'on avait l'intention de posséder, pourvu qu'on fût assez rapproché de ces magasins pour pouvoir appréhender physiquement ces objets à volonté (L. 74, *de contrah. emptione*).

A l'égard d'un immeuble, la tradition en était considérée comme accomplie, par cela seul qu'on avait pénétré sur une partie, pourvu qu'on eût l'intention de le posséder tout entier. Il suffisait même d'être en présence du fonds de manière à pouvoir y pénétrer sans obstacle, ou que celui qui voulait en faire la délivrance l'eût montré du haut d'une tour à celui qui avait l'intention de le recevoir; mais, dans ce dernier cas, il était nécessaire que cette tradition eût été faite par quelqu'un qui était lui-même possesseur (LL. 3, § 1; 18, § 2, et 53, *de acq. vel am. poss.;*—L. 77, *de rei vindicatione*).

Le fait de possession corporelle était tellement nécessaire pour constituer la possession, que le propriétaire d'un fonds, alors qu'il savait qu'un trésor y était caché, n'en devenait possesseur qu'autant qu'il l'avait déplacé, parce que jusque-là il ne l'avait pas sous sa garde (L. 3, § 3, ff. *de acq. vel amitt. poss.*).

De même, quoiqu'il fût de principe que tous les droits héréditaires passaient sur la tête de l'héritier, par cela seul qu'il avait fait adition, néanmoins la possession ne lui était acquise qu'autant qu'il avait occupé *corporaliter* les objets qui faisaient partie de l'hérédité (L. 23, *pr.*, *ib.*).

L'intention de posséder existait toutes les fois qu'il y avait *volonté* d'avoir cette possession. En conséquence, l'ami qui pénétrait sur le fonds de son ami et en qualité d'ami n'était pas censé le posséder, parce qu'il n'en avait pas l'intention (L. 41, *ib.*).—De même, celui qui, par erreur, prenait possession d'un fonds, alors qu'on l'avait envoyé en possession d'un autre, ne le possédait pas, à moins que l'erreur ne portât sur le nom de l'objet exclusivement (L. 34, *ib.*).—De même, un fou et un pupille étaient incapables d'acquérir la possession sans l'*auctoritas* de leur tuteur, parce qu'ils ne pouvaient avoir la volonté (L. 1, § 3, *ib.*).

On avait admis que la volonté de l'*infans* et celle du *furiosus* pouvaient être suppléées par celle de leur auteur (*ib.*).

Dans certains cas, la loi romaine admettait l'acquisition de la possession sans que l'intention figurât dans cette possession; c'étaient ceux où l'esclave détenait dans son pécule des objets corporels, où un mandataire prenait possession au nom de son mandant. La volonté du mandant, exprimée d'avance, était considérée comme se continuant jusqu'à la prise effective de possession et comme concourant avec elle; mais il n'en était ainsi que relativement à la possession *ad interdicta*. La possession *ad usucapionem* ne commençait qu'autant que le mandant en avait connaissance, et cela parce que la *bonne foi* exigée pour l'usucapion n'existe pas à l'égard de celui qui ignore la détention de la chose possédée pour lui. Quant au maître de l'esclave, on avait voulu, *utilitatis causâ*, qu'il ne fût pas à chaque instant tenu de s'enquérir des objets que celui-ci avait dans son pécule (L. 1, C., *de acquir. et retinendâ possess.*;—L. 44, § 1, ff. *de acquir. vel amitt. poss.*;—*Instit.*, *per quas personas acquiritur*, § 5).

L'intention n'étant pas requise, quant à l'acquisition de possession des choses relatives au pécule : on admettait qu'un fou et un *infans* acquéraient la possession de ces choses *sine auctoritate tutoris* (L. 1, § 5, ff. *de acquir. vel amitt. posses.*).

On acquérait la possession soit par soi-même, soit par les personnes qu'on avait sous sa puissance, soit par celles dont on avait l'usufruit ou qu'on possédait de bonne foi, soit enfin, dans certains cas, par des personnes étrangères (texte, §§ 89, 94 et 95;—L. 1, §§ 2, 5, 6 et 8, *eod. tit.*;—*Instit.*, *per quas personas nobis acquir.*, § 5).

Le père de famille ou le maître acquérait par ses enfants ou par ses esclaves les objets dont ceux-ci avaient pris possession, et cette acquisition s'opérait alors que le père ou le maître avait connaissance de cette prise de possession, sauf le cas où, comme nous l'avons dit plus haut, il s'agissait de choses relatives au pécule.

Du reste, par le fils de famille ou par l'esclave, le père ou le maître n'acquérait pas toute possession corporelle, mais celle-là seulement qui était juste, c'est-à-dire exempte de violence et de clandestinité (L. 24, ff. *de acquir. vel amitt. possess.*).

Pour qu'un esclave fît acquérir la possession à son maître, il était nécessaire qu'il fût lui-même en la possession de ce

dernier. En conséquence, le débiteur qui avait donné en gage un de ses esclaves ne pouvait plus acquérir de possession par lui, car il ne le possédait plus que *tantum ad usucapionem*, c'est-à-dire qu'en tant qu'il voulait arriver à l'usucapion de cet esclave. D'un autre côté, le créancier gagiste ne pouvait acquérir la possession par l'esclave qu'il avait reçu en gage, car aucune acquisition faite par un esclave ne pouvait profiter au créancier gagiste (L. 1, §§ 14 et 15, *de acquir. vel am. poss.*). Pour empêcher que l'esclave ne commît un vol de sa personne, on avait décidé que, quoique en fuite, et par conséquent non possédé (*corporaliter*) par son maître, il continuerait d'acquérir pour ce dernier (*ib.*).

Quant à l'acquisition par le fils de famille, elle avait pour cause, non la possession que le père avait de sa personne, mais la puissance paternelle. En conséquence, alors même qu'un tiers aurait possédé ce fils comme esclave, il n'en acquérait pas moins la possession à son père (L. 4, ff. *eod.*).

L'usufruitier d'un esclave acquérait par lui tout ce qui provenait de son industrie ou à l'occasion de la chose de l'usufruitier (*Instit., per quas person. nob. acquir.*).

Il en était de même de celui qui possédait de bonne foi l'esclave d'autrui, avec cette différence toutefois que, si l'usucapion de l'esclave s'accomplissait au profit du possesseur, ce dernier profitait de toutes les acquisitions de l'esclave (*ib.*).

Cette possession à l'égard d'un fils de famille n'aurait pas pu, au contraire, faire acquérir au possesseur de bonne foi. La raison en était que la cause d'acquisition par un fils de famille résidait dans le droit de puissance paternelle, et non dans la possession qu'on en avait (L. 50, ff. *de acq. vel am. poss.*).

On acquérait la possession par un *procurator*, un tuteur ou un curateur, pourvu que ces personnes eussent pris possession au nom de celui qu'elles représentaient (L. 20, *ib.*).

Celui par qui on voulait acquérir la possession devait avoir l'*intellectum possidendi* (*ib.*, § 9).

§ 52. Rursus est contrario accidit, ut, qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat : velut si rem hæreditariam,

§ 52. Il peut arriver, au contraire, que celui qui possède sciemment la chose d'autrui l'usucape : par exemple,

cujus possessionem hæres nondum nactus est, aliquis possederit; nam ei concessum est capere, si modo ea res est, quæ recipit usucapionem; quæ species possessionis et usucapionis pro hærede vocatur.

si quelqu'un prend possession des biens d'une hérédité dont l'héritier n'a pas encore pris possession, on lui permet, en effet, d'usucaper ces biens, pourvu qu'ils soient susceptibles d'usucapion ; on nomme cette espèce de possession et d'usucapion, usucapion *pro hærede*.

Il était de principe en droit romain qu'*on ne pouvait se changer à soi-même la cause de sa possession*. Le sens de cet adage était celui-ci : « Quiconque sait qu'il possède de mauvaise foi ne peut changer sa possession de manière à commencer une possession *lucrative.* » En d'autres termes, cette règle s'opposait à ce qu'on pût changer une cause injuste et arbitraire en cause valide et efficace pour arriver à l'usucapion. Le cas le plus remarquable d'application de cette maxime était relatif à l'usucapion *pro hærede*, dont Gaïus nous a révélé les caractères particuliers. A l'effet de forcer les héritiers à faire promptement adition, dans l'intérêt des sacrifices publics et dans celui des créanciers, on avait admis que, jusqu'à ce que ces héritiers eussent pris possession des choses de la succession, chacun pourrait s'en emparer, et les usucaper *pro hærede*, sans être tenu de justifier des conditions ordinaires de l'usucapion : la bonne foi et le juste titre ; on avait également décidé que cette usucapion s'accomplirait par un an, même pour les immeubles. Une telle institution était, comme on le voit, pleinement favorable aux gens malhonnêtes; et l'on conçoit facilement pourquoi on permit d'opposer la règle *nemo causam*, etc., à tout possesseur qui, par suite du décès de celui dont il avait reçu la possession, prétendait faire application, à son profit, de l'usucapion *pro hærede.* Si un *emptor à non domino*, par exemple, voulait, quand son vendeur décédait, se prétendre possesseur *pro hærede* et substituer la possession annale à la possession de deux ans, on le repoussait par notre règle. De même, un possesseur naturel au profit duquel l'usucapion ne pouvait s'accomplir, parce qu'il ne réunissait pas les conditions voulues par l'usucapion ordinaire, n'était pas admis à

profiter de l'*usucapio lucrativa*, sous le prétexte qu'elle n'exigeait pas ces mêmes conditions (L. 2, § 1, ff. *pro hærede*; — L. 33, § 1, *de usurpationibus*, et notre texte, §§ 52-61). Mais, l'empereur Adrien ayant supprimé une pareille usucapion et permis au véritable héritier de n'en tenir aucun compte, la règle *nemo sibi causam*, etc., devint inutile pour un tel cas. Toutefois, comme ce prince ne supprima pas l'usucapion *pro hœrede* au regard de l'*hæres necessarius*, celui-ci put encore invoquer la maxime *nemo sibi causam* contre tout possesseur de mauvaise foi qui repoussait son titre primitif *lucri faciendi causâ* (texte, §§ 57 et 58; — L. 2, C., *de usucap. pro hærede*).

Du reste, il faut avec soin se garder de croire, sur la foi de l'art. 2240 de notre Code civil, que le droit romain prohibait la *mutatio possessionis*, en ce sens qu'un détenteur précaire ne pouvait jamais par lui-même se faire possesseur, de détenteur qu'il était; car il lui suffisait, au contraire, de chasser son auteur pour arriver à la véritable possession, sauf au bailleur à faire usage de l'interdit *undè vi*. De même, tout possesseur de mauvaise foi qui achetait du propriétaire ou de celui qu'il croyait tel changeait valablement la cause de sa possession (LL. 12 et 18, ff. *de vi*, et L. 33, § 1, *de usurpat.*).

§ 53. Et in tantum hæc usucapio concessa est, ut et res, quæ solo continentur, anno usucapiantur.

§ 53. Et cette usucapion a été admise à tel point, que les immeubles eux-mêmes peuvent être usucapés par une possession d'une année.

Gaïus veut parler des immeubles faisant partie de l'hérédité.

§ 54. Quare autem etiam hoc casu soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hæreditariarum possessiones ut ipsæ hæreditates usucapi credebantur, scilicet anno; lex enim XII Tabularum soli quidem res biennio usucapi jussit, cæteras vero anno. Ergo

§ 54. Mais si, dans ce cas, on a admis la possession annale même pour les immeubles, c'est parce qu'autrefois on croyait que les choses héréditaires étaient usucapées comme les hérédités elles-mêmes, c'est-à-dire par une année de possession; car la loi des Douze Tables a voulu,

hæreditas in cæteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est; *et* quamvis postea creditum sit ipsas hæreditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hæreditariis, etiam quæ *solo* teneantur, annua usucapio remansit.

à la vérité, que les choses du sol fussent usucapées par deux ans de possession, mais que les autres choses le fussent par un an. Or l'hérédité paraissait être dans les *autres choses*, parce qu'elle ne tient pas au sol, puisqu'elle n'est pas même une chose corporelle; et quoique, par la suite, on ait cru que les hérédités mêmes ne peuvent pas s'usucaper, l'ancienne usucapion annale est restée pour toutes les choses héréditaires, même celles qui tiennent au sol.

Les immeubles s'usucapaient par deux ans de possession, les *autres choses* (les meubles) par un an. Le droit d'hérédité était un meuble, et par conséquent devait s'usucaper par la possession annale ; dans l'hérédité étaient des choses immobilières, qui, comprises dans le droit, recevaient l'application de l'usucapion annale. Quoique, par la suite, on eût repoussé l'usucapion d'un droit héréditaire, on avait conservé l'usucapion des objets particuliers de l'hérédité (meubles et immeubles), et cette usucapion avait toujours été accomplie par une année de possession. Adrien fit porter un sénatus-consulte qui permit de la faire révoquer (§ 57).

§ 55. Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hæreditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur.

§ 55. Mais on admit cette possession et cette usucapion si injuste parce que nos ancêtres voulurent qu'on fît plus promptement adition des hérédités, pour qu'on fît des sacrifices, cérémonies qu'on observait très-religieusement dans ce temps, et pour que les créanciers eussent quelqu'un contre qui ils pussent poursuivre ce qui leur était dû.

§ 56. Hæc autem species possessionis et usucapionis

§ 56. Cette espèce de possession et d'usucapion s'ap-

etiam lucrativa vocatur : nam sciens quisque rem alienam lucrifacit.

pelle aussi lucrative, parce qu'on fait un lucre, sachant qu'on possède une chose à autrui.

§ 57. Sed hoc tempore et jam non est lucrativa; nam ex auctoritate Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur; et ideo potest hæres ab eo, qui rem usucepit, hæreditatem petendo perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.

§ 57. Mais de nos jours cette usucapion n'est plus lucrative; car, sur la proposition d'Adrien, un sénatusconsulte décida que de telles usucapions seraient révoquées; aussi l'héritier peut-il poursuivre sa chose, comme si elle n'avait pas été usucapée, en demandant l'hérédité à celui qui l'a usucapée.

V. ce que nous disons sous le § 52, quant à cette usucapion lucrative.

§ 58. Et necessario tamen hærede exstante ipso jure, pro hærede usucapi potest.

§ 58. On peut encore usucaper *pro hærede* alors qu'il existe un héritier nécessaire, d'après le droit civil.

Cette usucapion était-elle admise au regard d'un héritier *sien* et nécessaire? Gaïus, sous ce paragraphe et dans le § 101 du C. 3, ne parle que d'un héritier nécessaire, et on avait fini par admettre cette distinction (L. 2, C., *de usuc. pro hærede*).

§ 59. Adhuc etiam aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit; nam qui rem alicui fiduciæ causa mancipio dederit, vel in jure cesserit, si eamdem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, *et* si soli sit, quæ species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem.

§ 59. Celui qui possède sciemment la chose d'autrui peut aussi l'usucaper dans des cas autres que celui qu'on vient d'exposer; car celui qui a donné, avec clause de fiducie, sa chose en *mancipium* à autrui, ou qui l'a cédée devant le magistrat, peut l'usucaper par une année de possession, bien qu'elle soit immobilière; cette espèce d'usucapion s'appelle *reprise par l'usage*, parce que nous reprenons, par usucapion, ce qui nous avait appartenu.

La règle d'après laquelle on ne pouvait changer la cause de sa possession était utile toutes les fois que l'*usureceptio* était invoquée par un défendeur malhonnête. Si, par exemple, un débiteur avait reçu à loyer sa chose de son créancier, l'*usureceptio* eût été pour lui une *causa lucrativa*, sans l'adage dont nous avons expliqué la portée sous le § 52. On appelait *usureceptio* (reprise par l'usage) une usucapion particulière que le propriétaire d'une chose par lui confiée à un ami ou abandonnée en gage pouvait invoquer, quoique sa possession ne réunît pas les caractères voulus pour l'usucapion ordinaire. Cette usucapion était annale, même pour les immeubles. Elle était complétement protégée alors que la chose reprise par l'usage avait été confiée à un ami; elle était, au contraire, moins favorablement traitée dans le cas où on l'avait engagée à un créancier : si la dette était payée, l'*usureceptio* compétait absolument au débiteur propriétaire; mais si la dette n'était pas éteinte, cette *usureceptio* ne pouvait s'opérer qu'autant que le débiteur n'avait pas reçu du créancier sa chose soit à loyer, soit à précaire. Dans ces deux dernières circonstances, la règle *nemo sibi causam*, etc., était applicable.

§ 60. Sed cum fiducia contrahitur, aut cum creditore pignoris jure, aut cum amico, quod tutius nostræ res apud eum essent : si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omnimodo competit usureceptio ; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omnimodo competit; nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio competit.

§ 60. On contracte avec clause de fiducie , soit avec son créancier gagiste , soit avec un ami, pour que notre chose soit plus en sûreté chez lui que chez nous : dans le dernier cas , la reprise par l'usage nous compète de toutes manières ; mais quand nous avons contracté avec clause de fiducie avec un créancier , la reprise par l'usage nous compète de toutes manières, il est vrai , si notre dette est payée ; mais si notre dette n'est pas payée, l'usuréception ne nous compète que si nous n'avons pas reçu la chose à loyer de notre créancier, ou si nous ne l'avons pas prié de nous en lais-

ser la possession précaire ; dans ce cas, l'usucapion lucrative a lieu.

Si notre créancier nous avait remis le gage à loyer ou nous en avait laissé la possession précaire, la reprise par l'usage ne pourrait pas nous compéter, notre dette n'étant pas acquittée.

§ 61. Item, si rem obligatam sibi populus vendiderit, *eamque* dominus possederit, concessa est usureceptio, sed hoc casu prædium biennio usurecipitur; et hoc est, quod vulgo dicitur, ex prædiatura possessionem usurecipi ; nam qui mercatur a populo, prædiator appellatur.

§ 61. De même, si le peuple vend une chose à lui hypothéquée, et si le maître en devient possesseur, on admet l'usuréception, mais, dans ce cas, par la possession de deux ans, comme pour les immeubles; c'est ce qu'on appelle vulgairement reprendre par la possession exigée pour les héritages; car celui qui achète du peuple est appelé *prædiator* (acheteur de fonds).

Pour l'intelligence de ce paragraphe, il faut supposer que, sur la vente faite par l'État de l'immeuble sur lequel il avait hypothèque, un tiers s'était rendu acquéreur et avait laissé l'ancien propriétaire posséder ledit immeuble. Reste toujours la question de savoir le motif pour lequel cette usucapion lucrative était reçue.

N'abandonnons pas cette matière de la possession sans dire comment elle se conservait, comment on la perdait et comment on la prouvait.

De même qu'on pouvait acquérir la possession par soi-même ou par autrui, de même on pouvait la retenir par soi ou par d'autres.

En général, toutes les fois que quelqu'un était en possession au nom d'un tiers, comme un *procurator* ou un ami, la possession était considérée comme appartenant à ce tiers.

L'intention était nécessaire pour la conservation de la possession; mais elle suffisait seule, du moins en général, sans que le fait vînt s'y ajouter (LL. 9 et 25, § 1, ff. *de acq. vel amit. poss.*).

On perdait la possession par le fait et par l'intention, mais non par le fait seulement, si ce n'est à l'égard des choses mobilières, et, dans certains cas, à l'égard même des choses immobilières (LL. 8, 3, § 13, et 44, § 2, ff. *eod.*). Ainsi, on conservait la possession des choses mobilières tant qu'on les avait sous sa garde, c'est-à-dire tant qu'il était possible de les appréhender, si on en avait le désir. Cela s'appliquait notamment aux bêtes sauvages qu'on tenait enfermées et aux poissons qu'on avait mis dans une piscine (L. 3, § 14, *ib.*).— On perdait également la possession des choses mobilières quand elles avaient été prises par d'autres ou lorsque le possesseur ignorait complétement où elles se trouvaient, ou enfin si ces choses étaient placées dans un lieu inaccessible (LL. 3, § 13; 15, 25 et 10, *eod.*).

En général, la possession des choses immobilières se conservait par l'intention seulement, et, quoiqu'un autre s'en fût emparé, la possession n'était pas perdue pour le possesseur. Il fallait, de plus, qu'on eût connu et souffert cette usurpation. Toutes les fois qu'on avait reconquis cette possession, on était censé n'avoir point cessé de posséder; mais si on ne pouvait la reconquérir, soit parce qu'on préférait recourir à des voies de droit, soit par crainte, on avait perdu la possession (LL. 6, § 1; 7, et 25, § 2, *eod.*).

En conséquence, alors qu'un tiers s'était emparé d'un immeuble, le précédent possesseur n'en perdait la possession qu'alors qu'il avait connaissance de cet événement; jusque-là, sa possession se conservait *solo animo*.

Il résultait aussi de là que les *infantes* et les fous ne pouvaient pas perdre la possession d'un immeuble (LL. 27, 29, 44 et 46, *eod.*).

Ces personnes perdaient, au contraire, la possession des choses mobilières quand elles avaient perdu la détention corporelle (L. 29, *eod.*).

Quand la possession était conservée par l'intermédiaire d'un tiers, détenteur au nom d'autrui, il était admis que la perte de la possession pouvait avoir lieu à l'insu même du possesseur, et quoiqu'il ignorât l'usurpation commise au sujet de l'immeuble (L. 1, § 22, ff. *de vi*;—L. 44, § 2, *de acq. vel am.*).

L'intention de perdre la possession suffisait aussi pour la

faire cesser ; mais il fallait que cette intention fût clairement exprimée soit par paroles, soit par des faits. De là on avait conclu qu'un fou ou un pupille ne pouvait perdre la possession par cela seul qu'il voulait cesser de posséder (L. 29, *de acq. vel amitt.*).

La question de savoir si l'abandon volontaire de la possession par le représentant du possesseur suffisait pour la faire perdre avait été longuement débattue entre les deux écoles. Les proculéiens voulaient que la perte de la possession ne pût pas résulter d'un pareil abandon ; les sabiniens étaient d'un avis contraire. C'est l'avis des proculéiens qui finit par prévaloir (L. 40, ff. *de poss.*; — L. 3, §§ 6, 7, 8 et 9, *de acq. vel amit.*).

La perte de la possession par l'intention avait lieu alors même que celui auquel on livrait la chose n'acquérait pas cette possession, par exemple alors qu'il était fou (L. 18, § 1, *eod.*).

La possession cessait encore quand la chose possédée était détruite. Il en était de même alors qu'elle était transformée en une autre espèce, quand, par exemple, on avait employé de la laine à faire un vêtement (L. 30, § 4, *eod.*).

L'infidélité du représentant pouvait faire perdre la possession alors que, par un changement d'intention, il voulait posséder pour lui-même la chose qu'il détenait pour son représenté auparavant. A l'égard des immeubles, la perte de possession n'avait lieu, dans ce cas, qu'autant que le représenté avait connaissance du changement d'intention de son représentant. A l'égard des meubles, ce résultat n'était produit qu'alors que l'infidélité du représentant réunissait les caractères du vol (L. 3, § 18, et L. 20, ff. *eod.*).

On pouvait, dans certains cas, perdre la possession, quoiqu'on conservât la détention de la chose. Cela avait lieu toutes les fois que le possesseur juridique voulait acquérir pour autrui la possession qui était sienne et qu'il abdiquait en faveur de ce tiers. Ce mode de transmission de la possession a été appelé par les commentateurs *constitutum possessorium* (Savigny, *Traité de la possession*, § 27). — Cette acquisition de possession avait lieu sans acte corporel, à la différence des cas ordinaires (L. 18, *pr.*, ff. *de acq. vel amit. posses.*). — Du reste, le *constitutum possessorium* ne se supposait pas géné-

ralement ; il devait être positivement exprimé ou résulter d'autres clauses. C'est ainsi qu'aux termes de la loi 48, ff. *de acquirendâ vel amittendâ possessione*, le donateur d'un héritage, avec les esclaves qui s'y trouvaient, n'était pas considéré comme *procurator alienæ possessionis*, par cela seul qu'il avait écrit que son intention était de faire la tradition du fonds et des esclaves. Mais il suffisait que le donateur d'une chose la retînt à bail pour qu'on le considérât comme ayant transmis la possession par un *constitutum possessorium* (L. 77, ff. *de rei vindicatione*). —La même solution était admise eu égard à la réserve d'usufruit que faisait en sa faveur celui qui aliénait une chose (LL. 28 et 35, § 5, C., *de donationibus*), et aussi eu égard à l'abandon à précaire que consentait le créancier gagiste au profit du débiteur relativement à la chose engagée (L. 15, § 2, ff. *qui satisdare coguntur*).

Enfin, il était de principe que la tradition des choses composant une société *totorum bonorum* était censée effectuée au moment même de la conclusion du contrat (L. 1, §§ 1 et 2, *pro socio*).

La preuve testimoniale et les autres preuves de droit étaient admises en cette matière. Mais il était nécessaire de justifier d'actes de possession qui fussent en rapport avec la nature de l'objet qu'on prétendait posséder, par exemple d'actes de culture ou de perception de fruits, s'il s'agissait de la possession d'un fonds planté ou ensemencé ; d'actes de fenaison ou de pâturage, à l'égard d'une prairie ; de coupe de bois, en ce qui concernait une forêt.

La possession s'établissait également par les traces et les vestiges qui, attestant l'ancien état de choses, prouvaient par là la possession.

Du reste, alors qu'on avait prouvé le commencement de sa possession et sa possession au moment du litige, la possession intérimaire était présumée. On était par là dispensé de prouver la possession intermédiaire, sauf à la partie adverse à détruire cette présomption par la preuve contraire (LL. 6, *præm.*, et 40, ff. *de acquir. vel amitt. possessione*).

§ 62. Accidit aliquando, ut, qui dominus sit, alienandæ rei potestatem non habeat,

§ 62. Il arrive quelquefois que celui qui est propriétaire ne peut pas aliéner sa chose,

et qui dominus non sit, alienare possit.

et que celui qui n'est pas propriétaire peut aliéner.

Le principe général est que le propriétaire d'une chose peut l'aliéner, et, réciproquement, que celui qui n'est pas propriétaire d'une chose ne le peut pas. Cette règle souffre cependant quelques exceptions, ainsi que l'indique Gaïus, exceptions dont il va s'occuper aux §§ 63, 64, 80, 81 et 82.

§ 63. Nam dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, vel mancipatum ei dotis causa, vel in jure cessum, vel usucaptum; quod quidem jus utrum ad Italica tantum prædia, an etiam ad provincialia pertineat, dubitatur.

§ 63 Car, d'après la loi Julia, le mari ne peut pas aliéner le fonds dotal malgré sa femme, quoiqu'il en soit propriétaire, soit qu'on le lui ait mancipé pour cause de dot, soit qu'on lui en ait fait la cession devant le magistrat, soit qu'il l'ait usucapé; c'est une question de savoir si ce droit n'est applicable qu'aux champs italiques, ou s'il s'applique également aux immeubles provinciaux.

Comme le mari était propriétaire de la dot, il pouvait l'aliéner, même sans le consentement de sa femme. Mais une loi Julia, *de adulteriis*, portée en l'an de Rome 737, lui enleva ce droit, quant à l'immeuble dotal, laissant la dot mobilière soumise à l'aliénabilité. Elle autorisa cependant cette vente, quand la femme y consentait; mais elle interdit d'hypothéquer l'immeuble dotal, même avec le consentement de la femme, parce qu'on supposait, sans doute, que les femmes mariées consentiraient plus facilement à l'hypothèque qu'à l'aliénation. Justinien corrigea la loi Julia, d'abord en ce qu'il statua pour les fonds provinciaux comme pour les fonds italiques, et ensuite en ce qu'il déclara inaliénable le fonds dotal, malgré le consentement de la femme. Il maintint, au surplus, l'interdiction d'hypothéquer le fonds dotal (*Instit.*, *quib. alienare licet vel non*, § 1).

Quand le mari avait reçu l'immeuble dotal avec la faculté d'en prendre l'estimation seulement lors de la dissolution du mariage, il pouvait l'aliéner, conformément à la clause du contrat (L. 11, ff. *de fundo dotali*).

L'immeuble dotal, malgré son inaliénabilité, pouvait être transmis *per universitatem* par le mari, soit dans sa succession, soit parce qu'il tombait sous la puissance d'un tiers (LL. 1 et 2, ff. *de fundo dotali*).

Il pouvait encore être aliéné par autorité du magistrat dans le cas où, s'agissant d'une maison qui menaçait ruine, le mari, conduit devant le préteur pour y fournir la caution *damni infecti*, refusait de le faire. Le magistrat mettait le voisin en possession de la maison, autorisait ensuite ce voisin à posséder *ad usucapionem* et à devenir propriétaire (L. 1, ff. *de fundo dotali*).

En cas d'indivision, il était également admis que les copropriétaires du fonds dotal avec le mari pouvaient en provoquer le partage, et que le juge pouvait adjuger la partie dotale comme les autres (L. 2, C., *de fundo dotali*).

L'inaliénabilité du fonds dotal commençait avant le mariage, dans le cas où il avait été transféré au fiancé (L. 4, ff. *de fundo dotali*). — Elle se perpétuait jusqu'à la restitution de la dot après le mariage (L. 12, *eod.*).

A peine avons-nous besoin de dire que le mari ne pouvait pas plus grever le fonds dotal d'une servitude qu'il ne pouvait l'aliéner (L. 5, *eod.*).

§ 64. Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII Tabularum ; item * *is cui commissa res est*, item creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit; sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.

§ 64. A l'inverse, l'agnat, curateur d'un fou, peut, d'après la loi des Douze Tables, aliéner la chose de ce fou, de même que le procureur auquel on a confié sa chose peut en disposer, de même que le créancier gagiste peut aliéner le gage d'après le pacte, quoique ce gage ne soit pas sa propriété ; mais, dans ce dernier cas, l'aliénation paraît se faire d'après la volonté du débiteur qui avait convenu que le créancier pourrait vendre le gage, si la dette n'était pas payée.

Ce n'est qu'aux agnats investis de la curatelle légitime que l'aliénation fut permise par la loi des Douze Tables, et alors

qu'elle était utile à l'administration des affaires (L. 12, ff. *de curat. furor.*). Plus tard, on permit indirectement au curateur datif des personnes en état d'imbécillité, et même à celui des impubères, d'aliéner pour la même cause; mais l'acheteur n'avait la chose qu'*in bonis* jusqu'au moment où, à la suite d'une tradition de la chose vendue, il avait accompli l'usucapion. Jusqu'à ce moment, il était protégé par une exception (*ib.*, L. 7, § 1, et L. 16, C., *de administr. tutor.*).

Le procureur ou mandataire ne pouvait aliéner qu'autant qu'il avait reçu la chose avec ce pouvoir, et il ne résultait même de l'aliénation par lui faite dans ces conditions que la possibilité pour l'acquéreur d'arriver à l'usucapion. Jusque-là il était couvert contre le mandant par l'exception de dol, s'il avait reçu la tradition de la chose (LL. 5, §§ 3 et 4, et 49, ff. *mandati vel contra*), et il avait l'action institoire *utile* contre le mandant dans le cas contraire (L. 16, ff. *de institoriâ actione*).

Le créancier gagiste pouvait faire vendre le gage, nonobstant la clause qui lui aurait interdit cette faculté. Dans ce cas, il était seulement tenu d'annoncer la vente par trois dénonciations préalables faites au débiteur (L. 4, ff. *de pign. act.*).

Le § 61 nous a fourni un exemple d'un créancier gagiste faisant vendre le gage.

§ 65. Ergo ex his quæ diximus, apparet, quædam naturali jure alienari : qualia sunt ea, quæ traditione alienantur; quædam civili : nam mancipationis et in jure cessionis et usucapionis jus proprium est civium Romanorum.

§ 65. De ce que nous avons dit, il ressort que certaines choses peuvent être aliénées suivant le droit des gens : telles sont celles qui sont susceptibles de tradition; certaines autres choses peuvent être aliénées suivant le droit civil : car la mancipation, la cession devant le magistrat et l'usucapion sont propres au droit romain.

V. nos explications sous les §§ 19 à 22.

§ 66. Nec tamen ea tantum, quæ traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adqui-

§ 66. Nous acquérons, d'après le droit des gens, non-seulement par tradition, mais

runtur, sed etiam quæ occupando ideo *nacti fuerimus*, quia antea nullius essent: qualia sunt omnia quæ terra marique *et* cœlo capiuntur.

encore par occupation, les choses qui n'appartiennent à personne, si nous nous en sommes emparés dans le dessein de les acquérir : ainsi nous acquérons tout ce qui peuple la terre, la mer et les airs.

Le fait seul d'occupation, joint à l'intention d'acquérir, c'est-à-dire la possession, suffisait pour rendre propriétaire des choses qui n'appartenaient à personne celui qui s'en était emparé. Si une bête sauvage avait été blessée par quelqu'un, certains jurisconsultes décidaient qu'elle lui appartenait tant qu'il continuait à la poursuivre, mais le plus grand nombre pensaient qu'elle n'était à lui qu'autant qu'il l'avait prise (L. 5, ff. *de acquir. rer. dominio*). C'est cet avis qui a prévalu dans le droit de Justinien (*Instit.*, *de divis. rer.*, § 13).

§ 67. Itaque si *feram* bestiam aut volucrem, aut piscem ceperimus *quod* captum *fuerit* * *nostrum fit*, *eousque* nostrum esse intelligitur, donec nostra custodia coerceatur; quum vero custodiam nostram evaserit et in naturalem libertatem se receperit, rursus occupantis fit, quia nostr*um* esse desinit; naturalem autem libertatem recipere videtur, quum aut oculos nostros evaserit, aut licet in conspectu sit nostro, difficilis tamen *ejus* rei persecutio sit.

§ 67. Si donc nous avons pris une bête sauvage, un vautour ou un poisson, cette bête, ce vautour ou ce poisson est regardé comme nôtre, jusqu'à ce qu'il soit sorti de notre puissance; mais lorsqu'il aura trompé notre vigilance et repris sa liberté naturelle, il tombera dans la propriété du nouvel occupant, parce qu'il a cessé de nous appartenir : l'animal est censé avoir recouvré la liberté lorsque nous ne pouvons plus l'apercevoir, ou lorsque la poursuite en est difficile, bien qu'il soit encore à portée de notre vue.

§ 68. In iis autem animalibus, quæ ex consuetudine abire et redire solent, veluti columbis et apibus, item cervis, qui in silvas ire et redire

§ 68. Quant aux animaux qui ont l'habitude de s'en aller et de revenir, comme les pigeons et les abeilles, comme les cerfs qui ont coutume

solent, talem habemus regulam traditam ut si revertendi animum habere desierint, etiam nostra esse desinant, et fiant occupantium; revertendi autem animum videntur desinere habere, quum revertendi consuetudinem deseruerint.

d'aller dans les forêts et de revenir, nous avons pour règle de les considérer comme ne nous appartenant plus, et devenant la propriété du premier occupant, dès qu'ils ont perdu l'esprit de retour, et on les regarde comme ayant perdu l'esprit de retour lorsqu'ils ont perdu l'habitude de revenir.

§ 69. Ea quoque, quæ ex hostibus capiuntur, naturali ratione nostra fiunt.

§ 69. Le butin pris sur l'ennemi devient aussi nôtre en vertu d'un principe de droit naturel.

A l'égard des choses prises sur l'ennemi, il y avait lieu à une distinction que ne fait pas notre texte. Les immeubles ne devenaient pas la propriété du premier occupant : ils appartenaient à l'État (L. 20, § 1, ff. *de captivis*); les choses mobilières appartenaient seules au premier occupant, et encore nous pensons qu'il y avait lieu de modifier cette règle à l'égard du butin fait en commun (Polybe, liv. x).

§ 70. Sed et id, quod per alluvionem nobis adjicitur, eodem jure nostrum fit; per alluvionem autem ita videtur adjici, quod ita paulatim flumen agro nostro adjicit, ut æstimare non possimus, quantum quoque momento temporis adjiciatur; hoc est, quod vulgo dicitur, per alluvionem id adjici videri, quod ita paulatim adjicitur, ut oculos nostros fallat.

§ 70. Mais ce qui est ajouté à notre champ par alluvion devient nôtre, en vertu du même droit; ce qu'un fleuve ajoute peu à peu à notre terrain, de manière que nous ne puissions pas apprécier combien de molécules s'y incorporent à chaque instant, paraît s'y ajouter par alluvion : on dit vulgairement que cela s'ajoute par alluvion, parce que cela s'incorpore peu à peu, de manière à tromper nos regards.

§ 71. Quod si flumen partem aliquam ex tuo prædio de*traxe*rit et ad meum prædium attulerit, hæc pars tua manet.

§ 71. Si le fleuve enlève une partie *distincte* de votre champ et l'apporte contre le mien, cette partie reste vôtre.

§ 72. At si in medio flumine insula nata sit, hæc eorum omnium communis est qui ab utraqué parte fluminis prope ripam prædia possident; si vero non sit in medio flumine, ad eos pertinet qui ab ea parte, quæ proxima est, juxta ripam prædia habent.

§ 72. Si une île s'est formée au milieu d'un fleuve, elle appartient à tous ceux qui possèdent des héritages sur les rives du fleuve et le long de l'île ; si, au contraire, aucune partie de l'île n'occupe le milieu, elle appartient tout entière à ceux qui possèdent des héritages le long de la rive dont elle est le plus rapprochée.

§ 73. Præterea id, quod in solo nostro ab aliquo ædificatum est, quamvis ille suo nomine ædificaverit, jure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit.

§ 73. En outre, les constructions faites sur notre sol par un autre que nous, quoiqu'il eût construit pour lui-même, deviennent nôtres d'après le droit des gens, parce que la superficie le cède au sol.

§ 74. Multoque magis id accidit et in planta, quam quis in solo nostro posuerit, si modo radicibus terram complexa fuerit.

§ 74. A plus forte raison en est-il ainsi pour la plante que quelqu'un a plantée dans notre champ, pourvu qu'elle ait pris racine dans ce champ.

§ 75. Idem contingit et in frumento, quod in solo nostro ab aliquo satum fuerit.

§ 75. Il en est de même du blé qu'un autre a semé dans notre champ.

§ 76. Sed si ab eo petamus fructum, vel ædificium, et impensas in ædificium, vel in seminaria, vel in sementem facta ei solvere nolimus, poterit nos per exceptionem doli mali repellere, utique si bonæ fidei possessor fuerit.

§ 76. Mais si nous réclamons de cet autre les fruits ou les constructions, et que nous ne voulions pas payer les dépenses faites pour les constructions, pour les plantations ou pour les semences, il pourra nous repousser par l'exception de dol, toutes les fois qu'il aura été possesseur de bonne foi.

§ 77. Eadem ratione probatum est, quod in chartulis, sive membranis meis aliquis scripserit, licet aureis litteris,

§ 77. Ce qu'un autre a écrit sur mes tablettes ou sur mon parchemin, les lettres fussent-elles d'or, m'appar-

meum esse, quia litteræ chartulis sive membranis cedunt; itaque si ego eos libros easque membranas petam, nec impensam scripturæ solvam, per exceptionem doli mali submoveri potero.

tient en vertu du même principe, parce que les lettres le cèdent aux tablettes et au parchemin; si donc je réclame ces tablettes et ce parchemin, et que je me refuse à payer l'écriture, je pourrai être repoussé par l'exception de dol.

§ 78. Sed si in tabula mea aliquis pinxerit velut imaginem, contra probatur: magis enim dicitur, tabulam picturæ cedere; cujus diversitatis vix idonea ratio redditur; certe secundum hanc regulam, si me possidente petas imaginem tuam esse, nec solvas pretium tabulæ, poteris per exceptionem doli mali submoveri; at si tu possideas, consequens est, ut utilis mihi actio adversum te dari debeat: quo casu, nisi solvam impensam picturæ, poteris me per exceptionem doli mali repellere, utique si bona fide possessor fueris; illud palam est, quod sive tu subripuisses tabulam, sive alius, competit mihi furti actio.

§ 78. Mais si quelqu'un a peint un tableau sur ma toile, on décide le contraire: car, dit-on, la toile doit plutôt le céder à la peinture; à peine donne-t-on une raison valable de cette différence; d'après cette règle, si vous réclamez comme vôtre un tableau que je possède, et que vous refusiez de payer la valeur de la toile, je pourrai vous repousser par l'exception de dol; mais si vous avez le tableau en votre possession, j'aurai besoin qu'on m'accorde une action utile contre vous, et si je ne paye pas le prix de la peinture, vous pourrez me repousser par l'exception de dol, toutes les fois que vous aurez été possesseur de bonne foi: il est évident que si vous m'aviez, vous ou tout autre, dérobé ma toile, j'aurais contre vous l'action de vol.

§ 79. In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur; proinde si ex uvis *aut olivis, aut spicis* meis vinum, aut oleum, aut frumentum feceris, quæritur, utrum meum sit id vinum, aut oleum, aut frumentum, an tuum? Item, si ex auro aut argento meo vas aliquod feceris, aut

§ 79. Dans d'autres espèces, on a encore recours aux principes du droit naturel: si avec mes raisins, avec mes olives ou mes épis vous faites du vin, de l'huile ou du blé, ce produit est-il à vous? De même, si avec mon or ou mon argent vous faites un vase, ou si avec mes planches

ex meis tabulis navem aut armarium, aut subsellium fabricaveris ; item, si ex lana mea vestimentum feceris, vel si ex vino et melle meo mulsum feceris, sive ex medicamentis meis emplastrum aut collyrium feceris : an meum? Quidam materiam et substantiam spectandam esse putant ; id est, ut, cujus materia sit, illius et res, quæ facta sit, videatur esse, idque maxime placuit Sabino et Cassio; alii vero *ejus rem* esse putant, qui fecerit; idque maxime diversæ scholæ auctoribus visum est : sed eum quoque, cujus materia et substantia fuit, furti adversus eum, qui subripuerit, habere actionem ; nec minus adversus eumdem condictionem ei competere, quia exstinctæ res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt.

vous construisez un navire, faites une armoire ou un banc; de même, si avec ma laine vous faites un habit ou si avec mon vin et mon miel vous faites du mulsum, ou si, encore, avec mes drogues vous faites un emplâtre ou un collyre... ce produit est-il à moi? Quelques-uns pensent qu'il faut considérer la matière, c'est-à-dire que la chose nouvelle doit appartenir à celui qui était propriétaire de la matière ; cet avis était celui de Sabinus et de Cassius ; mais d'autres pensent que la chose appartient au spécificateur; c'est l'avis de la majorité des auteurs de l'école opposée à la nôtre. Mais le maître de la matière a encore l'action de vol contre celui qui a pris sa matière, sans préjudice de la condiction contre le voleur, parce que, bien que les choses qui n'existent plus ne puissent pas être revendiquées, on peut les réclamer, par la condiction, des voleurs et de quelques autres possesseurs.

Peut-on considérer comme des modes distincts d'acquérir la propriété l'*accession*, l'*alluvion*, la *spécification*, la *construction*, la *plantation* dont parlent les §§ 70 à 80 de notre texte? Faut-il au moins reconnaître qu'il y a une cause spéciale d'acquisition qui, sous le nom d'*accession*, embrasse toutes ces dénominations particulières, et ne doit pas être confondue avec les causes déjà énumérées? — L'affirmative est enseignée par M. Ortolan, qui invoque divers textes (t. II, p. 265 et suiv., 7e édition). — Ce système nous paraît facile à réfuter à l'aide des textes eux-mêmes. Remarquons tout d'abord que ni Gaïus, dans les paragraphes qui nous occupent, ni Justi-

nien, dans les dispositions que cite M. Ortolan, n'indiquent comme un moyen nouveau et particulier d'acquisition la cause de laquelle ils font dériver le droit de propriété. Ces textes disent même implicitement le contraire. Ainsi, le § 69 de notre auteur et le § 17 du titre *de divisione rerum* des *Institutes* de Justinien portent que l'on acquiert, en vertu du *droit naturel*, les choses prises sur l'ennemi ; ici, bien certainement, c'est en vertu du droit d'occupation que la propriété est transférée. Le § 70 de notre texte ajoute immédiatement que l'alluvion est acquise par le même principe, c'est-à-dire l'*occupation*, puisque Gaïus, au lieu de désigner comme un nouveau mode d'acquisition celui dont il parle, l'assimile au précédent. Il en faut dire autant à l'égard de la chose prise sur l'ennemi. Il y a plus : le bon sens ne permet pas de soutenir qu'il y a accession dans le fait de la naissance du part, puisqu'il y a séparation.

Après avoir dit que le propriétaire d'un champ sur lequel des alluvions ont eu lieu devient propriétaire de ces alluvions, Gaïus et Justinien ajoutent que, si la violence d'un fleuve a détaché une portion distincte du terrain d'autrui et l'a apportée sur celui d'un autre propriétaire, cette portion reste à son maître primitif, et Justinien dit, en outre, que l'inondation *ne change pas la nature du fonds*, et *qu'à cause de cela*, le fonds reste à celui auquel il appartenait. Il suit de là que, si les molécules apportées par alluvion sur le fonds inférieur deviennent la propriété du maître de ce fonds, c'est parce que la nature du fonds emporté a changé, parce que les molécules enlevées ne sont plus une portion reconnaissable du champ supérieur, sont choses *extinctæ* pour lui et acquises par occupation au propriétaire du fonds inférieur.

L'île née dans la mer est au premier occupant, parce qu'elle *n'appartient à personne auparavant*, dit le § 22 du titre de Justinien. Or notre texte, § 72, et Justinien, à l'endroit cité, disent que l'île née dans un fleuve appartient aux riverains. Cette décision, rapprochée de la précédente, me paraît basée sur ce que l'île née dans le fleuve n'est pas chose *nullius*, mais ayant un maître qui n'acquiert pas, puisqu'il est propriétaire et ne fait que reprendre sa chose.

Aux termes du § 23 du titre de Justinien, dans le cas où un fleuve abandonne son lit, ce lit est la propriété des riverains ;

il en est de même du cas où le nouveau cours du fleuve vient à changer. Ces deux solutions sont basées sur cette présomption, qu'avant le changement de lit éprouvé par le cours d'eau, ce lit était aux riverains et n'a cessé d'être à eux que par la force des choses ; ce qui le prouve, c'est que, dans tous les cas où l'inondation ne se sera pas prolongée, où l'on pourra reconnaître les limites de chaque propriété, les riverains reprendront ce que le fleuve leur avait enlevé, à tel point que, si le cours du fleuve avait couvert en entier la propriété d'un individu, ce dernier la reprendra, ce qui démontre victorieusement que l'accession ne fait pas acquérir, mais seulement qu'elle fait supposer, quelquefois à tort, une propriété préexistante.

M. Ortolan cite, à l'appui de sa thèse, la loi 7, § 5, ff. *de adq. rer. domin.*, où Gaïus enseigne que, dans le cas d'un second changement de lit prolongé, le propriétaire primitif ne peut rien obtenir du lit occupé par le fleuve, « parce que ce champ *qui avait existé* a cessé d'être, sa forme première étant perdue, et parce que l'ancien propriétaire ne peut invoquer aucune raison de voisinage. » Mais n'est-ce pas dire implicitement : 1° que si le champ n'avait pas perdu sa forme, le propriétaire primitif pourrait le réclamer ; 2° qu'en supposant même la chose transformée, il pourrait en obtenir une portion *ratione vicinitatis?* La chose est *res extincta*, il ne peut donc la revendiquer ; il n'est pas riverain, la loi ne peut supposer sa propriété antérieure. Toutefois, comme Gaïus pose en fait qu'il est constant que la chose a primitivement appartenu à ce propriétaire non riverain, il ne peut, malgré la rigueur des principes généraux, approuver cette décision, car il ajoute : « C'est à peine s'il obtiendra, » en parlant du riverain actuel. Au surplus, Pomponius (L. 30, § 3, *eod.*) décide positivement, dans la même espèce, que l'ancien propriétaire, quoique non riverain du lit abandonné, reprendra sa chose.

On invoque encore, contre notre manière de voir, la loi 19, § 13, ff. *de auro, argento...*, qui porte : « Lorsque nous cherchons quelle chose le cède à l'autre, nous considérons laquelle des deux choses est ajoutée à l'autre comme ornement, parce que l'accessoire le cède au principal. » Mais cette loi est

étrangère à la question, puisqu'il s'agit, dans le texte, d'apprécier la volonté d'un testateur qui a légué une pièce d'argenterie, et qu'on y décide que les pierreries sont comprises dans la disposition comme ornement accessoire de la pièce. Si ces pierreries n'étaient pas un ornement, elles seraient la propriété de l'héritier, ce qui prouve que l'accession ne fait pas acquérir.

Les lois 24 et 26, ff. *de adq. rer. dom.*, portent qu'un navire ou une étoffe, confectionnés avec l'arbre ou la laine d'autrui, appartiennent au spécificateur, parce que l'arbre et la laine n'existent plus, et que, lorsque la matière subsiste, l'ancien propriétaire reste tel. C'est une opinion intermédiaire rappelée par Justinien en ses *Institutes*, et par notre auteur au § 79. — Paul avait déjà fait cette distinction; mais aucun jurisconsulte n'invoque l'accession comme un principe d'acquisition. Tous nous parlent, au contraire, de la règle *extinctæ res vindicari non possunt*, qu'ils appliquent diversement, il est vrai, mais qu'ils reconnaissent également.

Ce qui prouve, en droit, que les mots : *accessorium cedit principali*, *superficies solo cedit*, ne peuvent s'entendre en ce sens que la chose principale nous fait acquérir la chose accessoire par accession, c'est qu'après avoir dit que la pourpre le cède aux vêtements *vice accessionis*, la loi romaine en autorise la revendication dès qu'elle sera détachée de l'habit. Ce qui l'établit d'une manière plus péremptoire encore, c'est que le texte, après avoir dit : « Celui qui, sur son terrain, bâtit avec les matériaux d'autrui, est propriétaire de l'édifice, *parce que toute construction suit le sol comme accessoire*, » ajoute : « Cependant celui à qui appartenaient les matériaux *ne cesse point pour cela d'en être propriétaire;* et, s'il ne peut ni revendiquer ni exercer l'action *ad exhibendum*, c'est parce que la loi des Douze Tables ordonne que nul ne soit contraint à extraire de ses constructions *les matériaux d'autrui*... Ces dispositions ont eu pour objet d'empêcher qu'on ne se trouvât dans la nécessité de démolir les bâtiments; mais si, par une cause quelconque, l'édifice était abattu, alors *le maître des matériaux*, s'il n'avait pas reçu le double de leur valeur, *pourrait les revendiquer* ou intenter l'action *ad exhibendum.* » On remarquera d'abord que, d'après le texte, le

constructeur est propriétaire de l'édifice et non des *matériaux*, qu'il déclare, par deux fois, rester la propriété de leur ancien maître. Il est donc incontestable que les mots : *solo cedit*, ne peuvent pas vouloir dire *est acquis par accession*, puisque Justinien, immédiatement après les avoir employés, ajoute que, quoique les constructions le cèdent au sol, *le maître des matériaux ne cesse pas pour cela d'en être propriétaire*. Si l'ancien maître reste tel et peut revendiquer, c'est que le constructeur n'a pas acquis par accession ; et si l'ancien maître ne peut pas reprendre ses matériaux avant la démolition, c'est uniquement parce que, dans l'intérêt public, on n'autorise pas la démolition. On conçoit parfaitement que l'accession le cède au principal, en ce sens que si deux objets ont servi à la fabrication d'un objet nouveau, le plus considérable, absorbant l'autre, met le maître de l'accessoire dans l'impossibilité de le revendiquer jusqu'au moment où il pourra reprendre sa forme ; mais il y a loin de là à dire que l'accession est un moyen d'acquérir.

Justinien, en examinant le cas inverse à celui cité au § 29, celui où le propriétaire des matériaux élève sur le sol d'autrui, décide que l'édifice est au propriétaire du sol, parce que le maître des matériaux est *censé les avoir volontairement aliénés* ; l'accession ne joue donc aucun rôle dans cette acquisition. Cela est si vrai que, d'après le même texte, les matériaux ne pourront pas être revendiqués, même en cas de démolition.

Gaïus, § 64, et après lui Justinien, décident que l'arbre planté sur le fonds d'autrui appartient au maître du sol, *s'il a pris racine* dans ce sol. Si l'accession faisait acquérir, l'arbre appartiendrait au maître du fonds dès l'instant de la plantation, puisqu'il n'est pas moins accessoire avant d'avoir pris racine qu'après. N'est-il pas plus vrai de dire qu'avant d'avoir pris racine l'arbre est dictinct, est le même, tandis qu'après avoir pris racine il est *un arbre nouveau ?*

En résumé, l'accession est quelquefois un effet de la propriété acquise et presque toujours un obstacle à ce que le maître de l'accessoire puisse le revendiquer. Il est donc utile de distinguer l'objet accessoire de l'objet principal pour savoir quel est celui des deux propriétaires dont l'action

étrangère à la questio[n] ... savoir quand la chose ac-
cier la volonté ... primitive, est susceptible
terie, et qu'on ... aucun texte, on ne trouve érigé
la disposition ... fait acquérir la propriété.
pierreries n ... [Terminons par une ob]servation importante. Comment se
priété de l' ... [trésor enfoui] dans un fonds incorporé à la terre,
acquérir. ... [qu'un essaim d'abeilles] incorporé à un arbre, étant l'ac-

Les lo ... de cet arbre, n'appartiennent pas, *vice*
ou une ... [au maître] du fonds ou de l'arbre? — Ne serait-
appar ... [ce pas parce que] l'accession, résultat de la propriété acquise,
n'ex ... [est impuissante] pour faire acquérir?
pro
pa
P

De pupillis; an aliquid a se alienare possunt?

§ 80. Nunc admonendi sumus, neque feminam neque pupillum sine tutore auctore rem mancipi alienare posse; nec mancipi vero feminam quidem posse, pupillum non posse.

Des pupilles. — Peuvent-ils aliéner?

§ 80. Nous devons dire maintenant que les femmes et les pupilles ne peuvent pas aliéner leurs choses *mancipi* sans l'autorisation de leur tuteur; mais la femme peut, sans cette autorisation, aliéner une chose *nec mancipi*; le pupille ne le peut pas.

Quoique propriétaire, le pupille ne pouvait pas aliéner sa chose, qu'elle fût *mancipi* ou *nec mancipi*. La femme en tutelle n'était pas reconnue capable d'aliéner ses choses *mancipi*, mais elle pouvait disposer des autres. L'interdit et le dément étaient déclarés incapables d'aliéner, comme le pupille impubère (L. 6, ff. *de verb. oblig.*;—L. 1, *pr.*, ff. *de cur. furios.*; — Cicér., *Tuscul.*, III, 5). — Toutefois, les actes du *furiosus* étaient maintenus, s'ils avaient été accomplis dans un intervalle lucide (L. 6, au Code, *de cur. furios.*).

§ 81. Ideoque, si quando mulier mutuam pecuniam alicui sine tutore auctore dederit, quia facit eam accipientis, quum scilicet ea pecunia res nec mancipi sit, contrahit obligationem.

§ 81. Si donc une femme donne de l'argent en *mutuum* sans y être autorisée par son tuteur, elle fait contracter une obligation; car elle transfère la propriété de cet argent à celui qui le reçoit, puisque l'argent est chose *nec mancipi*.

§ 82. At si pupillus idem fecerit, quia *pecuniam non facit accipientis*, nullam contrahit obligationem, unde pupillus vindicare quidem nummos suos potest, sicuti exstent, id est, *intendere suos ex quiritium esse; mala fide consumptos vero ab eodem repetere potest quasi possideret; unde* de pupillo quidem quæritur, an nummos, quos mutuos dedit, ab eo, qui accepit * *potest* * *condicere*: a se non *primum* possit, quoniam * *ejus accipientis* * *non fecit.*

§ 82. Mais si un pupille a agi pareillement, il ne fait contracter aucune obligation, parce qu'il ne transfère pas à celui qui le reçoit la propriété de l'argent qu'il livre; aussi peut-il revendiquer son argent, comme s'il n'avait pas été consommé, *c'est-à-dire prétendre qu'il est sien, et le répéter de celui qui l'a consommé de mauvaise foi, tout comme s'il le possédait encore. De là vient qu'à l'occasion du pupille on demande si les pièces de monnaie qu'il donne en* mutuum *peuvent être réclamées par la condiction à celui qui les a reçues. Il ne peut pas les réclamer en principe par cette action, parce qu'il n'en a pas transféré la propriété à celui qui les a reçues.* (La fin de ce paragraphe est suppléée d'après Holweg.)

Pour cette répétition contre celui qui avait consommé de mauvaise foi, le pupille avait l'action *ad exhibendum* (*Inst.* de Justin., *quib. alienam licet*, § 2).

Quand celui qui avait consommé était de bonne foi, le pupille avait contre lui la *condictio certi (ib.)*.

§ 83. *At ex contrario res tam mancipi, quam* nec mancipi mulieribus et pupillis sine tutore auctore solvi possunt, quoniam meliorem conditionem suam facere iis etiam sine tutore auctore concessum est.

§ 83. Les femmes et les pupilles peuvent, au contraire, recevoir en payement, sans y être autorisés par leur tuteur, des choses *mancipi* ou *nec mancipi*, parce qu'il leur est permis de rendre leur condition meilleure, même sans cette autorisation.

§ 84. Itaque, si debitor pecuniam pupillo solvat, facit quidem pecuniam pupilli, sed

§ 84. Si donc un débiteur paye une somme à un pupille, il lui transfère, il est vrai, la

ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutore auctore dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutore concessa est; sed tamen si ex ea pecunia locupletior factus sit, et adhuc petat, per exceptionem doli mali submoveri potest.

propriété de cette somme, mais il ne se libère point envers lui, parce que le pupille ne peut pas dissoudre une obligation sans l'autorisation de son tuteur; car on ne lui a permis aucune aliénation sans cette autorisation; mais si cependant il était devenu plus riche avec cette somme, il serait repoussé par l'exception de dol, s'il en réclamait encore le payement.

Pour ne pas s'exposer à payer deux fois, le débiteur d'un pupille devait payer au tuteur ou au pupille autorisé de son tuteur, et même, dans ce cas, il pouvait être recherché ultérieurement par le pupille en cas d'insolvabilité du tuteur, si ce pupille obtenait la *restitutio in integrum*. Justinien corrigea cette dernière iniquité en décidant que le débiteur qui aurait payé au tuteur en vertu de la permission du juge serait à l'abri de toute recherche (L. 25, C., *de adm. tutor.*). — Cette permission n'était même pas exigée quant aux revenus ou intérêts dûs au pupille *(ib.)*.

§ 85. Mulieri vero etiam sine tutore auctore recte solvi potest: nam qui solvit, liberatur obligatione, quia res nec mancipi, ut proxime diximus, a se dimittere mulier et sine tutore auctore potest; quanquam hoc ita est si accipiat pecuniam; at si non accipiat, sed *acceptam* habere se dicat, et per acceptilationem velit debitorem sine tutore auctore liberare, non potest.

§ 85. Mais on peut valablement faire un payement à une femme non autorisée; car le débiteur se libère de son obligation, puisque la femme, comme nous l'avons dit plus haut, peut aliéner les choses *nec mancipi* sans autorisation de son tuteur. Il en est ainsi lorsqu en réalité elle touche le payement; mais si, sans le recevoir, elle se déclare payée et veut libérer, sans y être autorisée, son débiteur, par acceptilation, elle ne le peut pas.

Si la femme pouvait libérer valablement quand elle recevait un payement, elle était incapable de faire une remise par acceptilation.

§ 86. Acquiritur autem nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate manu mancipiove habemus; item per eos servos in quibus usumfructum habemus; item per homines liberos et servos alienos, quos bona fide possidemus. De quibus singulis diligenter dispiciamus.

§ 86. Nous acquérons la propriété non-seulement par nous-mêmes, mais encore par ceux qui sont sous notre puissance, par les femmes que nous avons sous la main et par ceux qui sont sous notre *mancipium*, comme aussi par les hommes libres et les esclaves d'autrui que nous possédons de bonne foi. Nous allons examiner rapidement ces différents cas.

Nous avons exposé au commentaire 1er, § 55, les droits du père de famille sur les biens de ses enfants, et, § 52, ceux du maître sur les biens de l'esclave.

§ 87. Igitur liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod servi *nostri* mancipio accipiunt, vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex alia qualibet causa acquirant, id nobis acquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest; et ideo si hæres institutus sit nisi nostro jussu, hæreditatem adire non potest; et si jubentibus nobis adierit, hæreditatem nobis acquirit proinde atque si nos ipsi hæredes instituti essemus, et convenienter scilicet legatum per eos nobis acquiritur.

§ 87. En conséquence, ce que nos enfants, placés sous notre puissance, et ce que nos esclaves reçoivent par la mancipation ou la tradition, ce qu'ils stipulent ou ce qui leur est acquis de toute autre manière, nous est acquis; car celui qui est sous notre puissance ne peut rien avoir à lui: c'est pourquoi, si on l'institue héritier, il ne peut recueillir l'hérédité que par notre ordre, et, s'il a fait adition par notre ordre, il acquiert l'hérédité pour nous, comme si nous étions institués héritiers; un legs nous est également acquis par lui.

La propriété était acquise à son maître par l'esclave, à l'insu et même contre le gré du premier, à l'exception de l'hérédité, qui n'était chose du maître qu'après l'adition faite par l'esclave sur son ordre (Justin., *per quas personas*, § 3). —Quoique notre texte déclare que tout ce qui était acquis à l'esclave ou au fils *ex quâlibet causâ* appartenait au maître ou au père, il faut dire que rien ne pouvait être acquis à ces der-

niers par leurs esclaves ou leurs fils au moyen de l'*in jure cessio* (texte, § 96).

§ 88. Dum tamen sciamus, si alterius in bonis sit servus, alterius ex jure quiritium ex omnibus causis ei soli per eum acquiri, cujus in bonis est.

§ 88. Il faut savoir cependant que si un esclave est dans les biens de quelqu'un, alors qu'un autre a sur lui le domaine quiritaire, tout ce qu'acquiert cet esclave appartient au maître qui l'a dans ses biens.

V. ce qui a été dit *suprà*, §§ 22 et 40.

Si un esclave était commun à plusieurs maîtres, il acquérait pour chacun d'eux en proportion de ses droits, sauf le cas où cet esclave aurait acquis par l'ordre de l'un d'eux seulement ou aurait déclaré acquérir pour l'un d'eux (texte, C. 3, § 167, et L. 5, ff. *de stipul. serv.*).

§ 89. Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habemus, acquiritur nobis, sed etiam possessio; cujus enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur; unde etiam per eos usucapio procedit.

§ 89. Nous n'acquérons pas seulement la propriété par ceux qui sont sous notre puissance, mais encore la possession; car nous paraissons posséder ce dont ils ont pris possession, ce qui fait que l'usucapion s'accomplit aussi par eux.

Quant à la possession, comme elle ne produisait d'effet qu'autant que l'intention se joignait au fait, il en résultait que le maître n'en profitait que lorsqu'au *fait* de l'esclave se trouvait réunie l'*intention* du maître de devenir propriétaire (L. 44, § 1, ff. *de acq. rer. dom.*). — Il en était autrement, néanmoins, à l'égard des choses que l'esclave possédait dans son pécule. Quant à ces choses, le maître était considéré comme n'ayant donné à l'esclave un pécule qu'en se réservant la volonté de posséder toutes les choses de ce pécule (*suprà*, § 51).

Quand l'esclave était à plusieurs maîtres, la possession qu'il acquérait était pour chacun en proportion de ses droits (L. 1, § 7, ff. *de acq. vel amit. poss.*), à moins que celui qui avait

livré la chose à l'esclave n'eût déclaré qu'il donnait la possession à l'esclave au profit de l'un de ses maîtres (L. 13, ff. *de donat.*).

§ 90. Per eas vero personas, quas in manu mancipiove habemus, proprietas quidem acquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos qui in potestate nostra sunt: an autem possessio acquiratur quæri solet, quia ipsas non possidemus.

§ 90. Nous acquérons également la propriété de toute manière par les personnes que nous avons *in manu* ou sous notre *mancipium*, de même que par celles qui sont sous notre puissance. Mais on demande si nous acquérons aussi par elles la possession, quoique nous ne les ayons pas en notre possession.

Il faut se reporter au commentaire 1er, §§ 110 à 120, pour ce qui est relatif au pouvoir marital et au *mancipium*. — La cause de la controverse indiquée par la fin de notre paragraphe tenait sans doute à ce que quelques-uns assimilaient la femme *in manu* et les personnes *in mancipio* aux fils de famille, et voulaient qu'elles pussent acquérir la possession à leur mari ou à celui qui les avait en *mancipium*, comme les fils de famille l'acquéraient à leur père, bien que ce dernier ne les possédât pas, tandis que d'autres les assimilaient aux esclaves, qui n'acquéraient à leurs maîtres la possession qu'autant qu'ils étaient possédés eux-mêmes, d'où la conséquence que la femme et la personne *in mancipio* n'étant pas possédées, ne pouvaient faire acquérir la possession.

§ 91. De his autem servis, in quibus tantum usumfructum habemus, ita placuit, ut quidquid ex re nostra, vel ex operis suis acquirunt, id nobis acquiratur; quod vero extra eas causas, id ad dominum proprietatis pertineat; itaque, si iste servus hæres institutus sit, legatumve quod ei datum fuerit, non mihi, sed domino proprietatis acquiritur.

§ 91. Quant aux esclaves dont nous n'avons que l'usufruit, on décide que nous acquérons par eux tout ce qui leur provient de notre chose ou de leur industrie; mais ce qu'ils acquièrent autrement appartient au nu-propriétaire. Si donc un tel esclave est institué héritier ou fait légataire, il n'acquiert pas pour nous l'hérédité ou le legs, mais il l'acquiert pour le nu-propriétaire.

Il faut entendre les mots du texte *ex re nostrâ* comme se référant à toute hypothèse dans laquelle l'acquisition a été faite au moyen de la chose de l'usufruitier, de ses deniers, par exemple (L. 25, § 1, ff. *de usufructu*).

Dans le cas d'une hérédité déférée à un esclave, il faut décider qu'elle appartenait à l'usufruitier, si l'institution avait été faite à son intention (LL. 21 et 22, *ib.*).

Pour ce qui est de la possession, voyez les §§ 94 et 95.

§ 92. Idem placet de eo, qui a nobis bona fide possidetur, sive liber sit, sive alienus servus; quod enim placuit de usufructuario, idem probatur etiam de bonæ fidei possessore; itaque quod extra duas istas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est.

§ 92. Il en est ainsi pour celui que nous possédons de bonne foi, qu'il soit homme libre ou esclave d'autrui; car ce qu'on a décidé touchant l'usufruitier s'applique au possesseur de bonne foi; aussi tout ce qui lui provient autrement qu'au moyen de notre chose ou de son industrie lui appartient en propre s'il est libre, et appartient à son maître s'il est esclave.

Il faut se référer à ce que nous avons dit sous le § 51, pour l'intelligence de notre texte.

§ 93. Sed si bonæ fidei possessor usuceperit servum, quia eo modo dominus fit, ex omni causa per eum sibi acquirere potest. Usufructuarius vero usucapere non potest: primum quia non possidet, sed habet jus utendi et fruendi; deinde quia scit alienum servum esse.

§ 93. Mais si le possesseur de bonne foi usucape l'esclave, comme il en devient propriétaire, il peut acquérir par lui pour toute cause. L'usufruitier, au contraire, ne peut point usucaper l'esclave, d'abord parce qu'il n'en a pas la possession, mais n'a que le droit de s'en servir et d'en jouir, ensuite parce qu'il sait que l'esclave est à autrui.

L'usucapion que le possesseur faisait de l'esclave lui permettait d'acquérir pour l'avenir par lui *ex omni causâ*. Mais cette usucapion ne rétroagissait pas dans le passé, par la raison que les acquisitions faites par l'esclave jusqu'à son usucapion avaient déjà bénéficié à quelqu'un.

§ 94. De illo quæritur, an per eum servum, in quo usumfructum habemus, possidere aliquam rem et usucapere possimus, quia ipsum non possidemus. Per eum vero, quem bona fide possidemus, sine dubio et possidere et usucapere possumus. Loquimur autem in utriusque persona, secundum distinctionem quam proxime exposuimus; id est, si quid ex re nostra vel ex operis suis acquirant, id nobis acquiritur.

§ 94. On demande si nous pouvons posséder et usucaper par un esclave sur lequel nous n'avons qu un droit d'usufruit, parce que nous ne possédons pas cet esclave. Quant à celui que nous possédons de bonne foi, nous pouvons sans doute posséder et usucaper par lui. Mais nous appliquons à l'esclave d'autrui et à celui sur lequel nous n'avons que l'usufruit, la distinction que nous venons d'exposer, c'est-à-dire que tout ce qui leur provient de notre chose ou de leur industrie nous appartient.

V., *suprà*, notre explication sous le § 51. — On finit par admettre l'opinion de Gaïus (LL. 1, § 8, et 49, *pr.*, *de acq. vel amit. possess.*).

N. B.—Notre auteur traite, sous les §§ 163 à 168 du com. 3, de l'acquisition des obligations par les personnes en puissance.

§ 95. Ex his apparet, per liberos homines, quos neque juri nostro subjectos habemus, neque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus, neque justam possessionem, nulla ex causa nobis acquiri *posse; sed hoc est, quod dicitur*, per extraneam personam nihil acquiri *posse excepta possessione; de ea enim quæritur, anne per liberam personam acquiratur.*

§ 95. On voit par ce que nous venons de dire que nous ne pouvons acquérir, pour aucune cause, par les personnes libres qui ne sont pas sous notre puissance et que nous ne possédons pas de bonne foi, non plus que par les esclaves d'autrui dont nous n'avons ni l'usufruit ni la possession de bonne foi; aussi dit-on que nous ne pouvons rien acquérir par une personne étrangère, si ce n'est la possession; c'est, en effet, une question de savoir si la possession peut nous être acquise par une personne libre.

C'est seulement pour l'acquisition de la propriété que cette règle sévère fut maintenue, le *dominium* étant de pur droit civil. — Quant à la possession, il fut admis qu'elle pourrait s'acquérir par une personne étrangère (L. 53, ff. *de acq. rer. dom.*, et L. 1, C., *per quas person.*). Par suite, lorsqu'il s'agissait d'une chose *nec mancipi*, susceptible de tradition, cette tradition faite à un *procurator* suffisait pour en transférer le *dominium* au mandant. « *Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo,* porte la loi 1, *de acq. rer. dom.*, *eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas adquiritur, etiam ignoranti.* » — On voit, par ces derniers mots, qu'on faisait fléchir, dans ce cas, la règle d'après laquelle il n'y avait possession qu'autant que le fait était joint à l'intention, car la volonté était considérée comme résultant de l'autorisation générale donnée à notre mandataire d'acquérir pour nous.

Comme, au temps de Justinien, la distinction entre les moyens d'acquérir du droit civil et ceux du droit des gens avait disparu, qu'on ne distinguait plus entre les choses *mancipi* et les choses *nec mancipi*, il s'ensuivait que toute chose susceptible de tradition pouvait être acquise par ce fait s'il avait eu lieu dans le but de rendre et de devenir propriétaire (*Instit.*, *per quas person.*, § 5). — Si la chose était livrée par un autre que le propriétaire, le mandant avait besoin de l'usucapion ou de la prescription de long temps pour arriver à la propriété. D'après une constitution de Sévère et Antonin, l'usucapion ne commençait pour le mandant que du moment où il avait connaissance de la tradition.

§ 96. In summa sciendum *est*, his. *qui in* potestate, manu, mancipiove sunt, nihil in jure cedi posse : quum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet, ut nihil in jure vindicare possint.

§ 96. En terminant, il faut savoir qu'on ne peut rien céder devant le magistrat à ceux qui sont en puissance ou sous le *mancipium*, ni aux femmes qui sont sous la main; car, puisque ces personnes ne peuvent rien avoir en propriété, il est convenable qu'elles ne puissent rien revendiquer devant le magistrat.

Quand les fils de famille furent reconnus propriétaires de leur pécule (com. 1, sous le § 55), la raison de notre texte ne fut plus applicable. Néanmoins ils ne purent figurer dans la *cessio in jure*.

§ 97. *Hactenus* tantisper admonuisse sufficit, quemadmodum singulæ res nobis acquirantur; nam legatorum jus, quo et ipso singulas res acquirimus, opportunius alio loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res nobis acquirantur.

§ 97. Il nous suffit d'avoir averti de quelle manière nous acquérons des objets particuliers. Quant aux legs, qui sont aussi un mode d'acquisition d'objets particuliers, nous en parlerons plus convenablement plus loin. Occupons-nous maintenant des manières d'acquérir par universalité.

§ 98. Si cui hæredes facti sumus, sive cujus bonorum possessionem petierimus, sive cujus bona emerimus, sive quem adrogaverimus, sive quam in manum ut uxorem receperimus, ejus res ad nos transeunt.

§ 98. Si nous sommes institués héritiers de quelqu'un, si nous demandons la possession des biens de quelqu'un, si nous achetons les biens de quelqu'un, si nous prenons quelqu un en adrogation, ou si nous recevons une femme *in manu*, comme épouse, les biens de ce quelqu'un, de cette épouse, nous sont dévolus.

Gaïus va traiter des différents modes d'acquérir par universalité. C'étaient : la dévolution par droit d'hérédité, la *bonorum possessio*, l'*emptio bonorum*, l'adrogation, la mise *in manu*. — *V.* aussi ce qui est dit sous le § 84 du C. 3.

§ 99. Ac prius de hæreditatibus dispiciamus, quarum duplex conditio est : nam vel ex testamento, vel ab intestato ad nos pertinent.

§ 99. Occupons-nous d'abord des hérédités : on en distingue de deux sortes, car l'hérédité nous est déférée en vertu d'un testament ou *ab intestat*.

§ 100. Et prius est, ut de his dispiciamus, quæ nobis ex testamento obveniunt.

§ 100. Il faut examiner, en premier lieu, quelles choses nous sont acquises en vertu d'un testament.

§ 101. Testamentorum autem genera initio duo fuerunt; nam aut calatis comitiis faciebant, quæ comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, quum belli causa ad pugnam ibant; procinctus est enim expeditus et armatus exercitus; alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in prælium exituri.

§ 101. Dans le principe, il y avait deux genres de testaments; car on les faisait soit devant les comices assemblés (les comices étaient réunis deux fois par an pour la confection des testaments), soit devant l'armée, c'est-à-dire lorsque, dans un cas de guerre, on allait combattre; car *procinctus* veut dire l'armée en campagne et sous les armes. L'une de ces formes de testament se pratiquait donc pendant la paix et le repos, l'autre quand on allait combattre.

Il y eut d'abord deux manières de tester : l'une devant le peuple assemblé, l'autre devant l'armée. Les comices étaient réunis deux fois par an pour recevoir les déclarations testamentaires.

§ 102. Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per æs et libram agitur; qui neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est, patrimonium suum mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet; quod testamentum dicitur per æs et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.

§ 102. Par la suite, on établit un troisième genre de testament qui se fait au moyen d'un lingot d'airain et d'une balance : celui qui n'avait testé ni devant les comices assemblés ni en présence de l'armée, et qui se sentait pressé par une mort prochaine, mancipait à un ami sa famille, c'est-à-dire son patrimoine, et disait à cet ami ce qu'il désirait qui fût donné à chacun après sa mort : on appelle ce testament *per æs et libram*, sans doute parce qu'il s'accomplit par la mancipation.

On conçoit que les deux modes ci-dessus ne pouvaient pas toujours être employés utilement; aussi un mode plus facilement praticable fut-il mis à la portée des citoyens. Il con-

sistait dans une mancipation que faisait le testateur de son patrimoine en présence de cinq témoins (§ 104, et C. 1, § 119).

§ 103. Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per æs et libram fit, in usu retentum est; sane nunc aliter ordinatur, atque olim solebat; namque olim familiæ emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, hæredis locum obtinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius hæres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiæ emptor adhibetur.

§ 103. Mais les deux premières manières de tester tombèrent en désuétude; on n'a conservé dans la pratique que le testament *per æs et libram;* on l'ordonne maintenant autrement qu'autrefois : car, autrefois, l'acheteur du patrimoine, c'est-à-dire celui qui recevait du père de famille testateur le patrimoine en mancipation, avait la place de l'héritier, et, à cause de cela, le testateur lui mandait de donner à chacun ce qn'il désignait; mais maintenant on institue un héritier qui est chargé d'acquitter les legs, et pour la forme, afin d'imiter l'ancien droit, on ajoute un acheteur du patrimoine.

Quand on eut la faculté de tester au moyen d'une mancipation, on n'eut plus guère recours aux testaments faits devant les comices ou *in procinctu.* — Le testament *per æs et libram* subit lui-même une modification que nous fait connaître Gaïus. La cause de ce changement nous est indiquée par Théophile (*Instit.*, § 1, *de testam. ordin.*), qui nous apprend que le *familiæ emptor* avait un droit certain d'hérédité avant qu'on fût dans l'usage d'instituer un héritier. On appela *nuncupatio* la désignation que faisait le testateur de celui qu'il choisissait pour héritier.

§ 104. Eaque res ita agitur: qui facit, adhibitis, sicut in veteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua

§ 104. La chose se fait ainsi: le testateur, en présence de cinq témoins et d'un porte-balance, comme dans les autres mancipations, après avoir écrit son testament, mancipe à une personne, pour la forme, son patrimoine; l'a-

re his verbis familiæ emptor utitur : FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATA TUTELA CUSTODELAQUE MEA RECIPIO, EAQUE QUO TU JURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM HOC ÆRE, et ut quidam adjiciunt : ÆNEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA; deinde ære percutit libram, idque æs dat testatori, velut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit : HÆC ITA, UT IN HIS TABULIS CERISQUE SCRIPTA SUNT, ITA DO, ITA LEGO, ITA TESTOR, ITAQUE VOS, QUIRITES, TESTIMONIUM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio : nuncupare est enim palam nominare; et sane quæ testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.

cheteur du patrimoine prononce ces paroles :«EN ACHETANT VOTRE PATRIMOINE, JE LE REÇOIS SOUS MA GARDE ET MA PROTECTION, POUR QUE VOUS PUISSIEZ TESTER SUIVANT LE DROIT PUBLIC PAR CET AIRAIN; ET QU'AU MOYEN DE CETTE BALANCE D'AIRAIN, IL ME SOIT ACHETÉ, » ajoutent quelques personnes. Après ces paroles, il frappe la balance avec l'airain, qu'il donne au testateur, en signe du prix de la vente. Après cela, le testateur, tenant les tablettes du testament, s'exprime ainsi : CE QUI EST ÉCRIT SUR CES TABLETTES CACHETÉES, JE LE LÈGUE, JE LE DONNE, JE LE LAISSE PAR TESTAMENT, COMME C'EST ÉCRIT : C'EST POURQUOI JE VOUS PRIE, ROMAINS, DE ME PRÊTER VOTRE TÉMOIGNAGE : c'est là ce qu'on appelle *nuncupation;* car *nuncupare* veut dire nommer à haute voix, et, par ces paroles générales, le testateur paraît désigner et confirmer ce qu'il a écrit séparément sur les tablettes de son testament.

A côté du testament *per æs* et *libram*, qui était de pur droit civil, le droit prétorien en introduisit un nouveau qui n'exigeait aucune mancipation. Il suffisait d'appeler sept témoins qui apposassent leurs cachets sur les tablettes contenant la volonté du testateur pour que la possession des biens fût accordée à l'institué. « *Etiamsi jure civili non valeat testamentum*, dit Ulpien, *Règ.* 18, § 6, *forte quod familiæ mancipatio vel nuncupatio defuit, si signatum testamentum fuit non minus quàm septem testium civium Romanorum signis, bonorum possessio datur.* » — Texte, §§ 119 et 147.

Les constitutions impériales exigèrent ensuite que chaque témoin apposât sa suscription sur le testament.

De ces trois origines, l'ancien droit civil, qui exigeait la présence de sept témoins, les constitutions, qui voulaient la signature des témoins, et le droit prétorien, qui voulait l'apposition de leurs cachets, est venu le nom de *testamentum tripertitum* que les commentateurs ont appliqué à cette dernière manière de faire son testament (*Instit.* de Justin., *de testam. ord.*, § 3). — Justinien avait voulu, en outre, que le testateur ou les témoins écrivissent le nom du testateur (L. 28, C., *de testam. et quemadm.*): mais cette formalité fut supprimée par la Novelle 119.

Au surplus, on pouvait faire un testament sans aucun écrit : il suffisait d'appeler sept témoins et de faire devant eux la déclaration de sa volonté pour que le droit civil donnât force à cet acte (*Instit.*, *de testam. ordin.*, § 14).

§ 105. In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est aut familiæ emptoris, aut ipsius testatoris, quia propter veteris juris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiæ agi et testatorem : quippe olim, ut proxime diximus, is, qui familiam testatoris mancipio accipiebat, loco hæredis erat; itaque reprobatum est in ea lege domesticum testimonium.

§ 105. Celui qui est sous la puissance de l'acheteur, ou sous celle du testateur lui-même, ne peut pas être au nombre des témoins, parce que, d'après l'ancien droit, tout ce qui se passe dans la confection d'un testament est censé avoir lieu entre l'acheteur du patrimoine et le testateur; or, autrefois, comme nous venons de le dire, celui qui recevait par la mancipation le patrimoine du testateur était à la place de l'héritier, ce qui faisait repousser le témoignage des personnes de sa famille.

§ 106. Unde et si is, qui in potestate patris est, familiæ emptor adhibitus sit, pater ejus testis esse non potest; at ne is quidem, qui in eadem potestate est, velut frater ejus. Sed si filius-familias ex cas-

§ 106. Si donc quelqu'un qui est sous la puissance de son père est pris pour acheteur du patrimoine, il ne peut pas avoir son père pour témoin, non plus que celui qui est soumis au même pouvoir,

trensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater ejus recte testis adhibetur, nec is, qui in potestate patris est.

comme son frère. Si un fils de famille fait son testament après avoir obtenu son congé, et dispose de son pécule castrans, il ne peut pas avoir son père pour témoin, ni tout autre qui est soumis au pouvoir de son père.

§ 107. De libripende eadem, quæ et de testibus, dicta esse intelligemus : nam et is testium numero est.

§ 107. Ce que nous avons dit des témoins s'applique au porte-balance, lequel est aussi au nombre des témoins.

§ 108. Is vero, qui in potestate hæredis, aut in legatarii est, cujusve hæres ipse aut legatarius in potestate est, quique in ejusdem potestate est ab eo *qui testamentum facit*, testis et libripens adhiberi potest, ut ipse quoque hæres et legatarius jure adhibeantur; sed tamen, quod ad hæredem pertinet, quique in ejus potestate est, cujusve is in potestate erit, minime hoc jure uti debemus.

§ 108. Mais celui qui est sous la puissance de l'héritier ou du légataire, celui qui a l'héritier ou le légataire sous sa puissance, celui qui est soumis à la même puissance que l'héritier ou le légataire peuvent être témoins et porte-balance, puisque l'héritier et le légataire peuvent l'être; mais cependant, pour ce qui regarde l'héritier, nous n'admettons, dans la pratique, comme témoin ou porte-balance, ni quiconque est soumis à sa puissance ni celui sous la puissance de qui il se trouve.

Pouvaient être choisis pour témoins tous ceux avec lesquels le testateur avait *la faction de testament*, c'est-à-dire ceux qui, ayant le *jus commercii*, avaient, en outre, le pouvoir de participer à des actes publics et solennels. En conséquence, ni les impubères, ni les mineurs de vingt ans, ni les esclaves, ni les femmes, ni les muets, ni les sourds, ni les furieux (hors des intervalles lucides), ni les prodigues, ni les condamnés pour libelles, pour concussion et pour adultère, et, en général, tous ceux qui avaient été condamnés par un jugement public ou qui étaient soumis à une action publique, ne pouvaient être pris pour témoins dans un testament (LL. 14 et suiv., ff. *de testibus; — Instit.* de Justin., *de test. ordin.*,

§ 6). — Il en faut dire autant de celui qui avait été exclu du sénat et n'avait pas été réintégré (L. 2, ff. *de senator.*).

Outre les cas d'incapacité ou d'indignité générale que nous venons d'indiquer, il y avait des causes à raison desquelles on ne pouvait être pris pour témoin dans un testament déterminé. Ainsi étaient rejetés : 1° les témoignages *domestiques* (celui du fils relativement au testament de son père ou auteur sous la puissance duquel il se trouvait, celui du père quant au testament que faisait son fils de son pécule *castrans*, celui du frère soumis à la même puissance) ; — 2° le témoignage de l'héritier institué et celui des personnes soumises à sa puissance ou sous la puissance de qui il était. — Remarquons, au surplus, qu'au temps de Gaïus, il en était autrement à l'égard de l'héritier et de ceux qui étaient sous sa puissance ou de celui sous la puissance de qui il se trouvait, par le motif que l'acte testamentaire s'accomplissait entre le testateur et le *familiæ emptor*, l'héritier y restant étranger. A cette époque, l'incapacité atteignait l'*emptor familiæ* et ceux qui étaient sous sa puissance, ou celui sous la puissance de qui il se trouvait (Gaïus, *hìc*, §§ 104 et suiv. ; Justin., *Instit.*, §§ 9 et 10).

Quant aux légataires, ils pouvaient être pris pour témoins du testament où figuraient leurs legs, de même que ceux qui étaient sous leur puissance, ou celui sous la puissance de qui ils étaient (texte, § 108, et Justin., *Inst.*, § 11).

De testamento militum.

§ 109. Sed hæc diligens observatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam imperitiam constitutionibus principum remissa est; nam, quamvis neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque vendiderint familiam, neque nuncupaverint testamentum, recte nihilominus testantur.

Des testaments des militaires.

§ 109. Mais cette extrême rigueur dans la forme des testaments n'atteint pas ceux des militaires, suivant les constitutions des princes, à cause de la trop grande difficulté qu'ils auraient à l'observer : aussi, quoiqu'ils n'aient pas requis le nombre voulu de témoins, qu'ils n'aient pas vendu leur patrimoine, et n'aient pas accompli la nuncupation, ils n'en ont pas moins testé régulièrement.

Il leur suffisait d'avoir manifesté leur volonté soit par écrit, sans témoins, soit sans écrit, en présence de *deux* témoins, pour que leur testament fût régulier (texte, *hìc*, combiné avec la loi 12, ff. *de testibus*). — Ainsi fait, le testament ne valait qu'autant que le militaire était mort *in castris* ou dans l'année qui suivait son congé (Ulpien, *Frag.* XXIII, § 10). — Justinien voulut que le militaire ne fût dispensé des formes que lorsqu'il testait *in expeditione (Instit., de milit. testam., pr.)*. Remarquons ici que le testament d'un militaire ne pouvait être attaqué comme *inofficieux* (L. 8, § 4, ff. *de inoff. testam.*). — V. *infrà*, § 151).

§ 110. Præterea permissum est iis, et peregrinos et Latinos instituere hæredes, vel iis legare; quum alioquin peregrini quidem ratione civili prohibeantur capere hæreditatem legataque, Latini vero per legem Juniam.

§ 110. On leur permet, en outre, d'instituer héritiers des pérégrins et des Latins, comme aussi de leur léguer, quoique autrefois il fût défendu aux pérégrins par une raison tirée du droit civil, et aux Latins, par la loi *Junia*, de recevoir ni hérédité ni legs.

V. ce qui est dit au C. 1, §§ 22 à 25.

§ 111. Cælibes quoque, qui lege Julia hæreditatem legataque capere vetantur, item orbi, id est, qui liberos non habent, quos lex. . . . .

(*Deest integrum folium. Conf.* § 2-6 Instit., de Mil. test., *titulus ibi sequens; item epist.* II, § 2, 1-3).

§ 111. Il en est de même des célibataires, auxquels la loi *Julia* défend de recevoir ni hérédité ni legs; de même des *orbi*, c'est-à-dire de ceux qui n'ont pas d'enfants, que la loi. . . . . (*Une page entière manque dans le manuscrit; il y était question des personnes auxquelles il n'est pas permis de tester. — Voy.* Inst. de Justin., *liv.* II, *tit.* XII.)

Il s'agit ici de la loi Julia, *de maritandis ordinibus*, portée sous Auguste, l'an de Rome 757. Voy. l'*Histoire de la législation romaine*, de M. Ortolan, p. 255. L'incapacité des *orbi* fut réglée par la loi Papia, an de Rome 762 (*V.* sous le § 199).

§ 112. Testamentum facere . . . .

§ 112. . . . C'est-à-dire que les femmes en tutelle devaient

anni XII Tabularum, scilicet ut quæ tutela liberatæ non essent, ita testari deberent.

§ 113. Videntur ergo melioris conditionis esse feminæ, quam masculi : nam masculus minor annorum XIV testamentum facere non potest, etiamsi tutore auctore testamentum facere velit; femina vero post XII annum testamenti faciundi jus nanciscitur.

tester, comme on vient de le dire.

§ 113. Les femmes paraissent donc être dans une condition meilleure que les mâles; car un mâle mineur de quatorze ans ne peut pas tester, quand même il y serait autorisé par son tuteur, au lieu que la femme a le droit de faire un testament dès qu'elle a accompli sa douzième année.

La faculté de tester (*testamenti factio* [§ 114]) était réservée à ceux auxquels les lois l'avaient accordée, c'est-à-dire aux pères de famille, d'après la loi des Douze Tables, et non aux fils de famille qui ne laissaient jamais ni hérédité ni héritiers. Plus tard, sous les empereurs, les fils de famille furent autorisés à tester relativement à leur pécule *castrans*, d'abord seulement pendant qu'ils étaient à l'armée, et, depuis Adrien, alors aussi qu'ils étaient vétérans, à la charge, dans ce dernier cas, de suivre les règles du droit commun (Justin., *Instit., quib. non est perm., pr.*).—Si le fils de famille mourait *intestat*, ses biens *castrans* revenaient : 1° à ses frères ou sœurs; 2° à leurs descendants; 3° au père, *jure communi*, c'est-à-dire, d'après Théophile, par droit de pécule, et non à titre successif.

Justinien autorisa les fils de famille à disposer de leur pécule *quasi-castrans* comme de leur pécule *castrans*, droit qui jusque-là n'avait été accordé qu'exceptionnellement (*Instit., ib.*).

Les impubères, les fous, les prodigues, les sourds, les muets et les prisonniers de guerre étaient incapables de tester (*Instit., eod.*, §§ 2 et suiv.). Mais le testament fait avant l'interdiction, la folie, la surdité ou la perte de la parole était valable (*ib.*), à la différence du testament fait par celui qui éprouvait postérieurement une diminution de tête. La raison de cette distinction se tire de ce que, dans le premier cas, on n'a pas perdu le droit d'avoir un testament, mais seulement l'exercice

de ce droit, tandis que, dans le second, le *capite minutus* n'a pas d'hérédité à transmettre (M. du Caurroy, sur ce titre). Quant au prisonnier chez l'ennemi, il n'avait, pendant sa captivité, l'exercice d'aucun droit : il n'a donc pu tester valablement. Mais, s'il avait fait valablement son testament avant de devenir captif, ce testament vaudra *jure postliminii* après son retour dans sa patrie ; il vaudra également si le testateur meurt chez l'ennemi, parce qu'il sera considéré comme mort à l'instant où il a été fait prisonnier (LL. 10 et 18, ff. *de captiv. et postliminio*).

§ 114. Igitur si quæramus, an valeat testamentum, inprimis advertere debemus, an is, qui id fecerit, habuerit testamenti factionem : deinde, si habuerit, requiremus, an secundum juris civilis regulam testatus sit; exceptis militibus, quibus propter nimiam imperitiam, ut diximus, quomodo velint, vel quomodo possint, permittitur testamentum facere.

§ 114. Lorsque nous recherchons si un testament est valable, nous devons surtout examiner si celui qui l'a fait avait la faction de testament. S'il avait cette faction, nous examinerons s'il a testé suivant les règles du droit civil, à l'exception des militaires, auxquels, comme nous l'avons dit, on a permis de tester comme ils veulent ou comme ils peuvent, à cause de la difficulté qu'ils auraient à observer ces règles.

On vient de voir que les militaires étaient capables de tester, quoiqu'ils fussent fils de famille; qu'ils pouvaient tester en faveur de personnes qui n'auraient pu recevoir d'un testateur ordinaire; qu'ils n'étaient pas astreints aux solennités indiquées par les §§ 116 et 117. De notre texte il résulte qu'ils n'étaient pas soumis, quant au fond de leurs dispositions, aux règles du droit civil. Ainsi, à la différence des autres citoyens, ils pouvaient ne tester que relativement à une portion de leur patrimoine, et par suite mourir partie *testats*, partie *intestats*. Lorsqu'ils étaient fils de famille, comme ils ne pouvaient disposer de certains de leurs pécules, il arrivait même nécessairement qu'ils décédaient partie *testats* et partie *intestats*, quand ils avaient fait un testament (Justin., *Instit., de hæred. instit.*, § 5).

Ajoutons que le testament d'un militaire n'était pas, comme

un autre, infirmé par la diminution de tête (L. 23, ff. *de testam. milit.*; L. 6, § 13, ff. *de inj. rupto*).

La *testamenti factio* dont parle ici note texte est le droit qu'avait un individu de disposer par testament. Il ne faut pas la confondre avec la *factio testamenti* requise de celui qui devait recevoir par testament, et dont il sera parlé au § 185. — Celle dont parle le § 114 a été appelée *factio testamenti* ACTIVE, et l'autre *factio testamenti* PASSIVE.

§ 115. Non tamen, ut jure civili *valeat* testamentum, sufficit ea observatio, quam supra exposuimus de familiæ venditione, et de testibus et de nuncupationibus.

§ 115. Pour qu'un testament soit valable, d'après le droit civil, il ne suffit pas, cependant, de la vente du patrimoine, et du nombre de témoins, et des nuncupations.

§ 116. Ante omnia requirendum est, an institutio hæredis solemni more facta sit : nam aliter facta institutione nihil proficit familiam testatoris ita venire, testesque ita adhibere, aut nuncupare testamentum, ut supra diximus.

§ 116. Avant tout, il faut rechercher si l'institution d'héritier a été faite selon le mode solennel; car, si elle a été faite autrement, il ne sert à rien de faire la vente du patrimoine, de requérir des témoins, ou d'accomplir la nuncupation, comme nous l'avons dit plus haut.

§ 117. Solemnis autem institutio hæc est : TITIUS HÆRES ESTO ; sed et illa jam comprobata videtur : TITIUM HÆREDEM ESSE JUBEO ; at illa non est comprobata : TITIUM HÆREDEM ESSE VOLO ; sed et illæ a plerisque improbatæ sunt : HÆREDEM INSTITUO , item HÆREDEM FACIO.

§ 117. L'institution solennelle se fait ainsi : QUE TITIUS SOIT MON HÉRITIER. Mais cette locution parait également approuvée : J'ORDONNE QUE TITIUS SOIT MON HÉRITIER. Celle-ci, au contraire, n'est pas approuvée : JE VEUX QUE TITIUS SOIT MON HÉRITIER. Quant à ces dernières expressions, elles sont désapprouvées par la plupart des auteurs : J'INSTITUE UN TEL MON HÉRITIER, JE FAIS UN TEL MON HÉRITIER.

Une constitution impériale de l'an 339 fit disparaître la nécessité d'une institution solennelle, et déclara valablement

faite toute institution clairement exprimée, quelles qu'en fussent les expressions (L. 15, C., *de testam.*).

§ 118. Observandum præterea est, ut, si mulier, quæ in tutela sit, faciat testamentum, *auctoribus iis quos* tutores habet, facere debeat: alioquin inutiliter jure civili testabitur.

§ 118. Il faut observer, en outre, que si une femme en tutelle fait son testament, elle doit le faire avec l'autorisation de son tuteur; autrement elle testerait inutilement, d'après le droit civil.

On a vu au commentaire 1, § 192, que la tutelle légitime des femmes avait été réglée autant dans l'intérêt de leurs agnats, leurs héritiers légitimes, en cas de mort *ab intestat*, que dans celui des femmes elles-mêmes. On comprend, dès lors, qu'il leur fût interdit de faire un testament sans l'autorisation de ces tuteurs. On a vu aussi qu'en fait, avant d'être abolie, la tutelle des agnats sur les femmes avait perdu son efficacité; aussi notre texte porte-t-il plus loin (§ 122) que c'était une question que de savoir si, d'après le droit prétorien, un testament ainsi fait par une femme en tutelle de ses agnats ne devait pas produire d'effet.

§ 119. Prætor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis hæredibus secundum tabulas testamenti *possessionem* pollicetur, si nemo sit, ad quem ab intestato jure legitimo pertineat hæreditas, velut frater eodem patre natus, aut patruus, aut fratris filius; ita poterunt scripti hæredes retinere hæreditatem; nam idem juris est, et si alia ex causa testamentum non valeat, velut quod familia non venierit, aut nuncupationis verba testator locutus non sit.

§ 119. Si, cependant, le testament est scellé des cachets de sept témoins, le préteur accorde la possession des biens, selon les tables du testament, aux institués, s'il n'y a pas d'héritier auquel l'hérédité appartienne *ab intestat* d'après la loi, comme seraient un frère consanguin, un oncle paternel ou le fils d'un frère; les héritiers institués pourront ainsi retenir l'hérédité; et il en est de même que si le testament n'est pas valable pour toute autre cause, par exemple parce que le testateur n'a pas vendu son hérédité ou n'a pas prononcé les paroles de la nuncupation.

§ 120. Sed videamus an, etiamsi frater aut patruus exstent, potiores scriptis hæredibus habeantur; rescripto enim imperatoris Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti non jure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hæreditatem, defendere se per exceptionem doli mali.

§ 120. Mais voyons si un frère ou un oncle paternel, lorsqu'ils existent, sont héritiers de préférence aux institués; car un rescrit de l'empereur Antonin porte que ceux qui ont demandé la possession des biens suivant les tables d'un testament fait contrairement aux formalités du droit peuvent se défendre par l'exception de dol contre ceux qui demandent l'hérédité *ab intestat*.

§ 121. Quod sane quidem ad masculorum testamenta pertinere certum est, item ad feminarum, quæ ideo non utiliter testatæ sunt, quod verbi gratia familiam non vendiderint, aut nuncupationis verba locutæ non sint : an autem et ad ea testamenta feminarum, quæ sine tutoris auctoritate fecerint, hæc constitutio pertineat, videbimus.

§ 121. Cette décision s'applique certainement aux testaments faits par des mâles, de même qu'à ceux des femmes qui ont testé inutilement, parce que, par exemple, elles n'ont pas vendu leur hérédité ou n'ont pas prononcé les paroles de la nuncupation : mais il faudra voir si cette constitution s'applique aux testaments des femmes faits sans l'autorisation de leur tuteur.

§ 122. Loquimur autem de his scilicet feminis, quæ non in legitima parentum aut patronorum tutela sunt, sed de his, quæ alterius generis tutores habent, qui etiam inviti coguntur auctores fieri; alioquin parentem et patronum, sine auctoritate ejus facto testamento, non submoveri palam est.

§ 122. Mais nous parlons des femmes qui ne sont pas sous la tutelle légitime de leurs ascendants ou de leurs patrons, mais qui ont un tuteur d'un autre genre, qu'on peut forcer à donner son autorisation malgré lui; autrement, il est évident que l'ascendant ou le patron n'est point écarté par un testament fait sans son autorisation.

On sait que la tutelle de l'ascendant émancipateur ou du patron sur la femme qui y était soumise avait conservé force après que la tutelle légitime des agnats avait, au contraire, perdu son autorité (*suprà*, C. 1, § 192). C'est pourquoi Gaïus ensei-

gnait que, lorsque c'était une femme soumise à une telle tutelle qui avait testé sans autorisation du tuteur, son testament ne pouvait produire d'effet sans que cela pût faire question. — *V.* §§ 148 et 149, et C. 3, §§ 135 et suiv.

§ 123. Item, qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel hæredem instituat, vel nominatim exhæredet : alioquin si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem ut nostri præceptores existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem hæredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio; sed diversæ scholæ auctores, si quidem filius morte patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis hæredibus, et illum ab intestato hæredem fieri confitentur : si vero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hæreditatem adiri putant, nullo jam filio impedimento, quia scilicet existimant *non* statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio præterito.

§ 123. De même, celui qui a un fils sous sa puissance doit avoir soin de l'instituer héritier ou de l'exhéréder nommément; car, s'il le passe sous silence, son testament sera inutile; tellement que nos maîtres enseignent qu'alors même que ce fils serait mort du vivant de son père, ce testament ne peut fournir aucun héritier, sans doute parce que l'institution n'était pas valable dans le principe; mais les proculéiens pensent que le fils, s'il est vivant au moment de la mort de son père, empêche sans doute les héritiers institués d'arriver, et devient héritier *ab intestat;* mais, s'il est mort à l'époque du décès de son père, l'hérédité peut être recueillie en vertu du testament, puisque le fils n'y fait plus obstacle, parce que sans doute ils estiment que le testament n'est pas nul dès le principe par la seule omission du fils.

C'est la manière de voir des sabiniens qui prévalut (*Instit.*, *de exhæred. lib.*, *pr.*). — Toutefois le préteur maintenait le testament si le fils omis prédécédait ou si, ayant survécu au testateur, il ne se plaignait pas (L. 2, *pr.*, ff. *de bonor. posses. secundùm tabulas*).

§ 124. Cæteras vero liberorum personas si præterierit testator, valet testamentum;

§ 124. Mais, si le testateur n'a omis que des enfants autres que des fils, son testa-

præteritæ istæ personæ scriptis hæredibus in partem adcrescunt : *si sui instituti sint*, *in virilem*, si extranei in dimidiam ; id est, si quis tres verbi gratia filios hæredes instituerit, et filiam præterierit, filia adcrescendo pro quarta parte fit hæres, *placuit enim eam tuendam esse pro hac parte, quia ab intestato eam partem* habitura esset ; at si extraneos ille hæredes instituerit, et filiam præterierit, filia adcrescendo ex dimidia parte fit hæres ; quæ de filia diximus, eadem et de nepote, deque omnibus liberorum personis, sive masculini, sive feminini sexus dicta intelligemus.

ment est valable ; ces enfants omis concourent pour partie avec les héritiers institués : si les institués sont des héritiers siens, les enfants omis prennent part virile ; s'ils sont héritiers externes, les enfants omis prennent la moitié ; c'est-à-dire que si quelqu'un a, par exemple, institué ses trois fils et omis sa fille, celle-ci devient héritière d'un quart par accroissement, car on a trouvé convenable de lui accorder ce quart, parce que c'est la portion qu'elle aurait eue *ab intestat ;* mais, si le testateur a institué des héritiers externes et a omis sa fille, celle-ci devient héritière pour une moitié de l'hérédité : ce que nous avons dit de la fille s'applique à la petite-fille et à tous les descendants (autres que les fils), qu'ils soient du sexe masculin ou du sexe féminin.

Il faut entendre le *droit d'accroissement* dont parle le texte, en ce sens que les enfants omis accroissaient le nombre des héritiers. Aussi étaient-ils tenus, comme les institués, de leur quote-part des dettes (L. 4, au Code, *de liber. præter.*).

§ 125. Quid ergo est ? Licet *hæ personæ* secundum *ea*, *quæ* diximus, scriptis hæredibus dimidiam partem tantum detrahant, tamen prætor eis contra tabulas bonorum possessionem permittit : qua ratione extranei hæredes a tota hæreditate repelluntur et efficeretur *sane per*..... bonorum possessio*nem ut* inter *feminas* et masculos *nihil* interesset.

§ 125. Qu'est-ce donc ? Quoique ces enfants, suivant ce que nous avons dit, enlèvent la moitié de l'hérédité aux institués, le préteur cependant leur accorde encore la possession des biens, contrairement aux tables du testament : ce qui ferait qu'il n'y aurait pas de différence entre les femmes et les mâles.

En vertu du droit d'accroissement reconnu par le droit civil au profit des enfants omis, ces derniers, lorsqu'ils concouraient avec des institués étrangers, obtenaient la moitié de la succession. D'un autre côté, le droit prétorien leur accordait la possession de biens pour moitié ; d'où la conséquence admise par notre auteur que ces enfants excluaient les institués, absolument comme l'aurait fait le fils non exhérédé nominativement. Ce résultat fut maintenu au profit des enfants omis, sauf l'exception prévue par le paragraphe suivant.

§ 126. Sed nuper imperator Antoninus significavit rescripto suo, non plus nancisci feminas per bonorum possessionem quam quod jure adcrescendi consequerentur ; quod et emancipatis *feminis similiter obtinet*, *scilicet ut quod* accrescendi jure habituræ essent, si suæ fuissent, id ipsum etiam per bonorum possessionem habeant.

§ 126. Mais l'empereur Antonin a décidé, dans un rescrit, que les femmes ne prendraient pas au delà de leur droit d'accroissement par la possession des biens ; elles obtiennent la même part lorsqu'elles sont émancipées, c'est-à-dire qu'elles ont, par la possession des biens, ce qu'elles auraient eu par droit d'accroissement, si elles avaient été dans la famille.

L'empereur Antonin ne voulut pas que les femmes pussent être traitées aussi favorablement que les mâles et obtenir toute la succession en se prévalant de l'omission faite par le testateur à leur égard. Il décida qu'elles n'auraient jamais plus que ce que leur assurait le *jus accrescendi*. — Comme il ne statua pas de la même manière à l'égard des mâles descendants des fils, il en résulte que leur omission leur permit de réclamer la succession entière, quand ils concouraient avec des institués externes.

§ 127. Sed si quidem filius a patre exhæredetur, nominatim exhæredari *tantum potest* ; at *inter cæteros* non potest exhæredari : nominatim autem exhæredari videtur, sive ita exhæredetur : TITIUS FILIUS MEUS EXHÆRES ESTO,

§ 127. Le fils que son père veut exhéréder ne peut l'être que nominativement, et non *inter cæteros*. L'exhérédation est nominative lorsque le père dit : QUE TITIUS MON FILS SOIT EXHÉRÉDÉ ; ou lorsqu'il dit : QUE MON FILS SOIT EXHÉ-

sive ita : FILIUS MEUS EXHÆRES ESTO, non adjecto proprio nomine.

RÉDÉ, sans ajouter le nom propre.

L'exhérédation des mâles du premier degré devait désigner nominativement le fils qui en était l'objet. Elle ne pouvait être faite conditionnellement, mais devait toujours être pure et simple (L. 3, § 1, ff. *de lib. et potest.*). — La raison de cela était que si le fils exhérédé sous condition venait à mourir après le père, pendant que la condition était en suspens, il n'y avait eu ni institution ni exhérédation dans le testament (L. 28, *pr.*, *eod.*). — On voulait aussi que l'institution ne pût être conditionnelle, à moins que la condition ne fût simplement potestative de la part du fils (LL. 4 et 86, ff. *de hæred. instit.*).

§ 128. *Masculorum cæterorum* personæ, vel feminini sexus, *nec nominatim exhæredare parentibus necesse erat, sed licebat inter cæteros hoc facere*. . . . . *Quæ verba post inst*itutionem hæredum adjici solent ; sed. . . . .

§ 128. Les mâles, autres que les fils, et les femmes, ne nécessitent pas une exhérédation nominative ; car il est permis de les exhéréder *inter cæteros*... Ces paroles se plaçaient habituellement après l'institution d'héritier ; mais... . . . .

§ 129. Nam prætor omnes virilis sexus tam *filios, quam cæteros*, id est nepotes quoque et pronepotes *vult exhæredari, nominatim filios, feminas vero inter cæteros*.

§ 129. Le préteur veut toutefois que tous les enfants du sexe masculin soient exhérédés nominativement, qu'ils soient fils, petits-fils ou arrière-petits-fils, et que les femmes le soient nominativement ou *inter cæteros*.

On voit que le droit prétorien se montrait plus favorable aux enfants mâles du second degré ou d'un degré inférieur que le droit civil, car il exigeait pour eux l'exhérédation nominative, comme le faisait le droit civil pour les fils.

On remarquera aussi qu'il traitait plus favorablement les enfants du sexe féminin, qui pouvaient être exhérédés *inter cæteros*, puisqu'il leur accordait la possession *contrà tabulas*, si rien ne leur avait été laissé dans le testament qui les exhérédait (§§ 132 et 134).

§ 130. Posthumi quoque liberi *vel hæredes institui debent*, *vel* exhæredari.

§ 130. Les posthumes doivent aussi être institués ou exhérédés.

Le *posthume* était celui qui naissait après la mort du testateur, et *sui juris*, et qui, s'il fût né de son vivant, aurait été sous sa puissance.

§ 131. Et *in eo par omnium conditio est, quod et filio posthumo ei quolibet ex cæteris liberis, sive feminini sexus, sive masculini, præterito, valet quidem testamentum, sed postea agnatione posthumi sive posthumæ rumpitur, et ea ratione totum infirmatur; ideoque si mulier, ex qua posthumus aut posthuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis hæredibus ad hæreditatem adeundam.*

§ 131. Dans ce cas, la condition de tous est la même, en ce que, malgré l'omission d'un fils posthume ou de tout autre enfant mâle ou femelle, le testament est valable; mais, par la suite, il est rompu par l'agnation d'un posthume ou d'une posthume, et, pour cette raison, infirmé en entier; si donc une femme dont on attend un posthume avorte, il n'y a plus d'empêchement à l'adition que les héritiers institués peuvent faire.

L'omission des posthumes n'empêchait pas le testament d'être valable en principe, à la différence de celle des enfants vivants mâles du premier degré (§ 123). — Seulement, quand la femme ou la bru du *de cujus* accouchait d'un enfant vivant, le testament tombait; il était *ruptum*, quel que fût le sexe et le degré de ce posthume, contrairement à ce qui arrivait pour les filles ou les enfants vivants d'un degré inférieur, dont l'omission laissait le testament debout, sauf la part qui leur était accordée (§ 124).

§ 132. *Sed feminini quidem sexus posthumæ vel nominatim, vel inter cæteros exhæredari solent, dum tamen, si inter cæteros exhæredentur, aliquid eis legetur, ne videantur præteritæ esse per oblivionem; masculos vero posthumos, id est, filium*

§ 132. Mais les posthumes du sexe féminin peuvent être exhérédés nominativement ou *inter cæteros*, pourvu cependant, dans ce dernier cas, qu'on leur lègue quelque chose, afin qu'ils ne paraissent pas avoir été omis par oubli; quant aux posthumes mâles,

et deinceps, placuit non aliter recte exhæredari, nisi nominatim exhæredentur, hoc scilicet modo : QUICUNQUE MIHI FILIUS GENITUS FUERIT EXHÆRES ESTO.

c'est-à-dire les fils et petits-fils, et la suite, on doit les exhéréder nominativement de cette manière : QUEL QUE SOIT LE FILS QUI ME NAÎTRA, QU'IL SOIT EXHÉRÉDÉ.

Il résulte de ce paragraphe que le posthume mâle, quelque fût son degré, devait être exhérédé nominativement pour que le testament ne fût pas infirmé par sa naissance, tandis qu'on pouvait exhéréder les posthumes du sexe féminin *inter cæteros*. Seulement , pour que cette dernière exhérédation produisît son effet, il était nécessaire qu'on eût laissé à ces posthumes du sexe féminin quelque chose de l'hérédité, afin qu'on vît qu'on ne les avait pas oubliés.

Si un posthume avait été institué conditionnellement, le testament était maintenu dans le cas où la condition s'accomplissait avant la naissance de ce posthume (L. 22, ff. *de liber. et posth.*).

§ 133. Posthumorum loco sunt et hi qui in sui hæredis locum succedendo quasi agnascendo fiunt parentibus sui hæredes ; ut ecce si filium et ex eo nepotem neptemve in potestate habeam , quia filius gradu præcedit, is solus jura sui hæredis habet , quamvis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sint : sed si filius meus me vivo moriatur, aut qualibet ratione exeat de potestate mea, incipit nepos neptisve in ejus locum succedere ; et eo modo jura suorum hæredum quasi agnatione nanciscuntur.

§ 133. Sont considérés comme posthumes ceux qui , succédant à la place d'un héritier sien, deviennent héritiers siens de leur ascendant par une quasi-agnation : si , par exemple , j'ai sous ma puissance mon fils et mon petit-fils ou ma petite-fille, comme mon fils est premier en degré , il a seul les droits d'héritier sien, bien que mon petit-fils et ma petite-fille soient encore sous ma puissance ; mais si mon fils meurt de mon vivant ou sort de ma puissance pour toute autre cause que la mort, mon petit-fils ou ma petite-fille prend sa place , et, de cette manière , a les droits d'héritiers siens par cette quasi-agnation.

Dans l'ancien droit, il pouvait arriver que le testateur qui avait pris toutes les précautions quant aux enfants qu'il avait sous sa puissance immédiate vît son testament rompu par le prédécès de ces enfants du premier degré, prédécès qui rendait *sui* les enfants du degré subséquent. La loi Junia Velleia vint permettre l'exhérédation ou l'institution de ces quasi-posthumes, ainsi que le porte le paragraphe suivant.

§ 134. Ne ergo eo modo rumpatur mihi testamentum, sicut ipsum filium vel hæredem instituere, vel exhæredare nominatim debeo, ne non jure faciam testamentum, ita et nepotem neptemve ex eo necesse est mihi vel hæredem instituere, vel exhæredare, ne forte, me vivo filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos neptisve, quasi agnatione rumpat testamentum : idque lege Junia Velleia provisum est ut virilis sexus nominatim, feminini vel nominatim, vel inter cæteros exhæredentur, dum tamen iis, qui inter cæteros exhæredantur, *aliquid legetur*.

§ 134. Pour éviter la rupture de mon testament par cette quasi-agnation, de même que je dois instituer mon fils ou l'exhéréder nominativement, de même, pour que je ne fasse pas un testament contraire au droit, il est nécessaire que j'institue comme héritiers mon petit-fils ou ma petite-fille par ce fils, ou que je les exhérède, de peur que, par hasard, mon fils étant décédé de mon vivant, et mon petit-fils ou ma petite-fille succédant à sa place, ne rompe mon testament par cette quasi-agnation. La loi *Junia Velleia* (an de Rome 763) a voulu que les enfants du sexe masculin fussent exhérédés nominativement, et que les femmes fussent exhérédées nominativement ou *inter cæteros*, pourvu que, cependant, on lègue quelque chose aux enfants qui sont exhérédés *inter cæteros*.

L'exhérédation devait être nominative pour les mâles, et *inter cæteros* pour les quasi-posthumes du sexe féminin, pourvu toutefois qu'on leur laissât quelque chose de la succession, afin de montrer qu'on ne les avait pas oubliés.

Il y avait une autre classe de posthumes velléiens. Elle

comprenait les enfants conçus à l'époque du testament, qui, s'ils avaient été au monde au moment de sa rédaction, se seraient trouvés siens, et qui naissaient entre la confection du testament et la mort du *de cujus*. La loi Junia Velleia, afin de prévenir la rupture du testament, permit au testateur de les instituer ou de les exhéréder (Ulpien, *Fragm.* XXII, §§ 19 et 22).

§ 135. *E*mancipatos liberos *jure civili neque hæredes instituere*, *neque exhæredare necesse est*, *quia* non sunt sui hæredes, sed prætor omnes tam feminini quam masculini sexus, si hæredes non instituantur, exhæredari jubet, virilis sexus *nominatim*, *feminini* vero inter cæteros; qui si neque hæredes instituti fuerint, neque *ita*, ut supra diximus, exhæredati, prætor promittit eis contra tabulas bonorum possessionem. . . . *(Quatuor lineæ desunt.)*

§ 135. D'après le droit civil, il n'est nécessaire ni d'instituer héritiers, ni d'exhéréder les enfants émancipés, parce qu'ils ne sont pas héritiers siens; mais le préteur veut que tous les enfants, s'ils ne sont pas institués héritiers, soient exhérédés nominativement s'ils sont mâles, *inter cæteros* s'ils sont du sexe féminin : s'ils n'ont été ni institués héritiers ni exhérédés, comme nous l'avons dit plus haut, le préteur leur accorde la possession des biens *contrà tabulas*.

Ici encore, le droit prétorien est plus favorable aux enfants que le droit civil, car il exige une exhérédation à l'égard des enfants émancipés.

Il est à croire, quoique notre texte soit muet à ce sujet, qu'à l'égard des émancipés, pour lesquels l'exhérédation *inter cæteros* était suffisante, il était nécessaire, pour que la possession *contrà tabulas* ne pût leur être donnée, que le testateur leur eût laissé quelque chose de sa succession, afin de montrer qu'il ne les avait pas oubliés. Il y a même raison de décider que dans les cas prévus aux §§ 132 et 134.

Quoique les enfants ou les petits-enfants exhérédés *inter cæteros* ne fussent pas recevables à demander la possession de biens *contrà tabulas*, alors que le testateur leur avait laissé quelque chose, ils pouvaient cependant profiter de la possession qu'aurait demandée et obtenue un autre descendant. On allait même jusqu'à les autoriser à se prévaloir du droit de

ceux qui, n'ayant rien reçu, n'étaient pas atteints par la fin de non-recevoir (L. 10, § 6, ff. *de bon. posses. contrà tabulas*).

§ 136. Quandiu tenentur in adoptione, naturalium loco sunt; emancipati vero *a* patre adoptivo neque jure civili, neque quod ad edictum prætoris pertinet, *inter liberos numerantur*.

§ 136. Les enfants adoptifs sont regardés comme des enfants naturels tant qu'ils restent en adoption; mais, dès qu'ils sont émancipés par leur père adoptif, ils ne sont plus comptés au nombre de ses enfants, ni par le droit civil ni par le préteur.

§ 137. Qua ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem pertinet, quandiu quidem sint in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur : *quum vero emanci*pati fuerint *ab adoptivo patre, tunc incipiunt* in ea causa esse qua futuri essent, si ab ipso naturali patre *emancipati* fuissent.

§ 137. Aussi, à l'inverse, arrive-t-il qu'à l'égard du père naturel, ses enfants lui deviennent étrangers tant qu'ils sont dans une famille adoptive; mais, après leur émancipation par le père adoptif, ils se trouvent dans la position où ils auraient été si le père naturel lui-même les eût émancipés.

C'est-à-dire qu'ils ne sont plus étrangers à leur père naturel, et que, dès lors, ce père doit, d'après le droit prétorien, les exhéréder ou les instituer, suivant ce qui a été dit au § 135.

§ 138. Si quis post factum testamentum adoptaverit sibi filium, aut per populum eum qui sui juris est, aut per prætorem eum qui in potestate parentis fuerit, omnimodo testamentum ejus rumpitur quasi agnatione sui hæredis.

§ 138. Si, après avoir fait son testament, on adopte quelqu'un comme son fils, soit qu'on l'adroge ou l'adopte en présence du préteur parce qu'il était sous la puissance de son père, le testament est rompu de toute manière par cette quasi-agnation d'un héritier sien.

Justinien a modifié le droit par rapport aux enfants adoptifs : il a voulu que, lorsqu'un individu serait adopté par un étranger, il ne perdît rien de ses droits dans sa famille naturelle et n'en acquît aucun dans la famille de l'adoptant, si ce n'est celui de succéder *ab intestat*.— En conséquence, il n'y

a plus lieu à exhéréder cet enfant adoptif (*Instit.*, *de adopt.*, § 2, et *de exhæred.*, § 5).—Mais, quand l'adoption est faite par un aïeul maternel ou par un aïeul paternel d'un fils émancipé, ou même par un bisaïeul paternel ou maternel, on suit l'ancien droit (*eod.*).

Au surplus, Justinien a fait disparaître à cet égard toute distinction de sexe et voulu que tous, tant *siens* qu'*émancipés*, fussent institués héritiers ou exhérédés nominativement, et qu'à défaut, leur omission produise le même effet que celle des fils héritiers siens ou émancipés, qu'il s'agisse d'enfants nés ou de posthumes.

Les testaments militaires n'étaient pas nuls parce qu'ils n'auraient pas contenu une exhérédation nominative. L'omission des enfants par le testateur qui n'ignorait pas leur existence équivalait à l'exhérédation (*Instit.*, *de exhæred.*, § 6).

L'absence d'exhérédation nominative n'annulait pas non plus le testament de la mère, ni celui de l'aïeul maternel: l'omission des fils ou petits-fils équivalait à l'exhérédation, sauf à ces enfants la plainte pour inofficiosité (*Instit.*, *de inoffic. testam.*).

§ 139. Idem juris est si cui post factum testamentum uxor in manum conveniat, vel quæ in manu fuit nubat: nam eo modo filiæ loco esse incipit, et quasi sua est.

§ 139. Le testament est également rompu si, après sa confection, on prend son épouse *in manu*, ou si une femme *in manu* se marie; car, de cette manière, elle commence à être considérée comme fille et comme sienne.

Quand la femme était *in manu* pour cause de fiducie, elle n'était pas au rang de fille; elle ne rompait le testament qu'autant qu'elle entrait sous la main comme épouse (com. 1, §§ 114 et suiv.).

§ 140. Nec prodest, sive hæc, sive ille qui adoptatus est, in eo testamento sit institutus institutave; nam de exhæredatione ejus supervacuum videtur quærere, quum

§ 140. Peu importe que cette femme ou cet enfant soient institués; quant à l'exhérédation, il est inutile d'en parler, puisque, au moment de la confection du testament,

testamenti faciundi tempore suorum hæredum numero non fuerit.

ils n'étaient pas au nombre des héritiers siens.

Aux termes de la loi 23, § 1, ff. *de liberis et posthumis*, l'institution faite dans le testament de celui qui, après sa confection, était adopté, ou de celle qui passait *in manu mariti*, empêchait l'infirmation de ce testament.

§ 141. Filius quoque, qui ex prima secundave mancipatione manumittitur, quia revertitur in potestatem patriam, rumpit ante factum testamentum; nec prodest, si in eo testamento hæres institutus, vel exhæredatus fuerit.

§ 141. Le fils qui est rémancipé, après la première ou la seconde mancipation, rompt aussi le testament, parce qu'il rentre sous la puissance de son père : peu importe qu'il ait été institué héritier ou exhérédé dans ce testament.

§ 142. Simile jus olim fuit in ejus persona, cujus nomine ex senatusconsulto erroris causa probatur, quia forte ex peregrina vel Latina, quæ per errorem quasi civis Romana uxor ducta esset, natus esset; nam sive hæres institutus esset a parente, sive exhæredatus, sive vivo patre causa probata, sive post mortem ejus, omnimodo quasi agnatione rumpebat testamentum.

§ 142. Le droit était le même autrefois relativement à celui au nom duquel on prouvait la cause de l'erreur en vertu du sénatus-consulte, parce que peut-être il était né d'une étrangère ou d'une Latine que le père avait épousée parce qu'il la croyait Romaine; car, quoique cet enfant eût été institué héritier ou exhérédé par son père, et quoique l'erreur eût été prouvée du vivant de son père ou après sa mort, le testament était toujours rompu par cette quasi-agnation.

§ 143. Nunc vero ex novo senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est, si quidem vivo patre causa probatur, æque ut olim omnimodo rumpit testamentum : si vero post mortem patris, præteritus quidem rumpit testamentum, si vero hæres in eo scriptus est vel exhæreda-

§ 143. Mais, de nos jours, en vertu d'un sénatus-consulte porté sur la proposition du divin Adrien, si l'erreur est prouvée du vivant du père, le testament est toujours rompu comme autrefois, et cela est équitable; si, au contraire, l'erreur n'est prouvée qu'après la mort du père, l'enfant rompt,

tus, non rumpit testamentum, ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo tempore, quo renovari non possent.

à la vérité, le testament dans lequel il est omis, mais il ne rompt pas celui dans lequel on l'a institué héritier ou exhérédé, pour que les testaments faits avec soin ne soient pas rescindés à l'époque où il est impossible de les refaire.

Pour l'intelligence de ces deux paragraphes, il faut recourir au com. 1, §§ 65 et suivants.

§ 144. Posteriore quoque testamento, quod jure factum *est*, superius rumpitur, nec interest an exstiterit aliquis ex eo hæres, an non exstiterit; hoc enim solum spectatur, an existere potuerit, ideoque si quis ex posteriore testamento quod jure factum est, aut noluerit hæres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam hæreditatem adiret, decesserit, aut per cretionem exclusus fuerit, aut conditione, sub qua hæres institutus est, defectus sit, aut propter cælibatum ex lege Julia submotus fuerit ab hæreditate: *in his* casibus paterfamilias intestatus moritur; nam et prius testamentum non valet, ruptum a posteriore; et posterius æque nullas vires habet, quum ex eo nemo hæres exstiterit.

§ 144. Un testament est aussi rompu par la confection d'un testament postérieur qui est régulièrement fait; et peu importe qu'un héritier recueille ou non en vertu de ce testament; car on considère seulement s'il a pu exister un héritier en vertu de ce testament. Si donc celui qui est institué héritier par le dernier testament régulièrement fait ne veut pas être héritier, ou s'il meurt avant le testateur, ou après son décès, mais avant d'avoir fait adition, ou bien s'il a laissé passer le délai qui lui avait été fixé pour la crétion sans faire cette crétion, ou si la condition sous laquelle il avait été institué a défailli, ou bien si encore il est écarté comme célibataire par la loi Julia: dans tous ces cas, le père de famille meurt intestat, car le premier testament n'est pas valable, puisqu'il a été rompu par un testament postérieur, qui lui-même est justement sans force, puisque personne n'est héritier par lui.

Si le second testament n'était pas régulièrement fait, il ne produisait aucun effet, sauf cependant le cas où ce testament

irrégulier était fait en faveur de l'héritier légitime (L. 2, ff. *de inj. rupt.*).

Aux divers cas cités par Gaïus d'un testament régulièrement fait qui annule un premier testament, bien qu'il ne produise pas d'héritier testamentaire, on peut ajouter celui que rapporte Paul (L. 36, § 4, ff. *de testam. milit.*) d'un testament fait par un militaire sans l'observation des formalités du droit, qui a cependant suffi pour annuler un testament antérieurement fait, et qui ne peut produire son effet parce que ce militaire meurt après l'année de son congé.

§ 145. Alio quoque modo testamenta jure facta infirmantur : velut *quum* is qui fecerit testamentum, capite deminutus sit; quod quibus modis accidat primo commentario relatum est.

§ 145. Un testament régulièrement fait peut aussi être infirmé lorsque celui qui l'a fait est diminué de tête. Nous avons expliqué, dans notre premier commentaire, comment ont lieu les diminutions de tête.

On a vu que la *capitis deminutio* était un changement survenu dans l'état d'un individu. — La *capitis deminutio maxima* rendait le testateur incapable de laisser un testament valable. — En cas de captivité chez l'ennemi, on décidait toutefois que le testament était maintenu. Si le testateur mourait captif, il était considéré comme mort au moment même où on l'avait fait prisonnier. S'il revenait, au contraire, il était considéré comme n'ayant jamais été captif (L. 6, § 12, ff. *de inj. rupt.*).

Celui qui était privé de ses droits de citoyen ne pouvait avoir un testament valable.

Quant à celui qui n'avait éprouvé que la *capitis deminutio minima*, on distinguait. S'agissait-il d'un fils de famille qui, après avoir testé sur son pécule *castrans*, éprouvait ce changement d'état, on maintenait son testament (L. 6, § 13, ff. *eod.*). Lorsque, au contraire, un *pater-familiâs* se donnait en adrogation après avoir testé, son testament devenait *irritum* (§ 147).

§ 146. Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicemus, quum alioquin et quæ rumpuntur, irrita fiant, *et quæ sta-*

§ 146. Mais, dans ce cas, nous disons que les testaments sont devenus inutiles, quoique autrement ceux qui

tim ab initio non jure fiunt, irrita sint; sed et ea, quæ jure facta sunt, et postea propter capitis deminutionem irrita fiunt, possunt nihilominus rupta dici; sed quia sane commodius erat singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quædam non jure fieri dicuntur, quædam jure facta rumpi, vel irrita fieri.

sont rompus deviennent aussi inutiles, et quoique ceux qui sont nuls dès le principe soient aussi inutiles : on pourrait aussi appeler rompus ceux qui, ayant été faits selon le droit, sont devenus inutiles par une diminution de tête; mais, comme il était plus avantageux de distinguer chaque cas par un nom particulier, on a dit de certains testaments qu'ils sont faits contrairement au droit (ou nuls), de certains autres que, quoique régulièrement faits, ils sont rompus ou deviennent inutiles.

§ 147. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ vel ab initio non jure facta sunt, vel jure facta postea irrita facta, aut rupta sunt; nam si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus hæres secundum tabulas bonorum possessionem petere, si modo defunctus testator et civis Romanus et suæ potestatis mortis tempore fuerit; nam si ideo irritum fit testamentum, quod postea civitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut is in adoptionem se dedit, *et* mortis tempore in adoptivi patris potestate fuit, non potest scriptus hæres secundum tabulas bonorum possessionem petere.

§ 147. Ces testaments irrégulièrement faits dans le principe, ou devenus inutiles par la suite, ou rompus, ne sont pas entièrement inutiles; car, s'ils sont revêtus des cachets de sept temoins, l'héritier institué peut demander la possession des biens *secundum tabulas*, pourvu que le testateur défunt fût citoyen romain et *sui juris* à l'époque de sa mort; car, si le testament était rendu inutile parce que, après l'avoir fait, le testateur avait subi la grande ou la moyenne diminution de tête, ou parce qu'il s'était donné en adrogation et se trouvait, à sa mort, sous la puissance de l'adrogeant, l'héritier institué ne pourrait pas demander la possession des biens *secundum tabulas*.

On voit que le droit prétorien maintenait dans plusieurs cas les testaments irréguliers, rompus ou devenus inu-

tiles, pourvu qu'ils eussent été faits dans la forme prétorienne.

§ 148. Secundum tabulas testamenti, quæ aut statim ab initio non jure factæ sint, aut jure factæ postea ruptæ, vel irritæ erunt, bonorum possessionem accipiunt, si modo possunt hæreditatem obtinere, *et* habent bonorum possessionem cum re : si vero ab iis avocari hæreditas potest, habebunt bonorum possessionem sine re.

§ 149. Nam si quis hæres jure civili institutus sit, vel ex primo, vel ex posteriore testamento, vel ab intestato jure legitimo hæres sit, is potest ab iis hæreditatem avocare : si vero nemo sit alius jure civili hæres, ipsi retinere hæreditatem possunt. . . . . judicium adversus eos habent. *(Septem lineæ desunt.)*

§ 148. On donne la possession des biens selon les tables d'un testament irrégulièrement fait ou rompu après sa confection régulière, ou devenu inutile, aux héritiers institués, pourvu qu'ils puissent recueillir l'hérédité, et on leur donne la possession des biens réelle; mais si cette hérédité peut leur être retirée, on leur donne la possession des biens *sine re.*

§ 149. Car si quelqu'un a été institué héritier d'après le droit civil, soit dans un premier testament, soit dans un testament postérieur, ou est héritier *ab intestat* suivant le droit légitime, il peut réclamer l'hérédité aux possesseurs des biens; mais s'il n'y a pas d'héritier d'après le droit civil, les possesseurs des biens gardent la succession, et ont action contre ceux qui retiennent les choses de l'hérédité. *(Il y a ici plusieurs lignes illisibles dans le manuscrit.)*

La possession des biens accordée par le préteur n'était pas toujours utile. Ainsi, elle était purement nominale alors qu'elle voulait s'exercer à l'encontre d'un héritier institué dans un autre testament conforme au droit civil. Il en était de même alors qu'un héritier légitime réclamait l'hérédité, sauf toutefois le bénéfice du rescrit d'Antonin dont il a été parlé au § 120. — S'il n'y avait pas d'héritier institué d'après le droit civil ou d'héritier légitime *ab intestat* reconnu par ce même droit, ou si l'héritier institué ou l'héritier légitime ne réclamaient pas la succession, la possession des biens dont nous nous occupons était *cum re* (*V.* C. 3, §§ 35 et suiv.).

§ 150. *Ea lege bona caduca fiunt et ad populum deferri jubentur, si defuncto nemo successor exstiterit.*

§ 150. . . . . . Ses biens deviennent caducs et sont dévolus au peuple en vertu de cette loi, si personne ne se présente pour succéder au défunt.

Si personne ne se présentait pour succéder au défunt, soit en vertu d'un testament, soit *ab intestat*, ses biens étaient déclarés caducs et vendus au profit du trésor public. Il résultait de cette vente une certaine ignominie qu'on pouvait éviter en nommant son esclave héritier, ainsi qu'on va le voir sous le § 154.

§ 151. Potest ut jure facta testamenta.... infirmentur.... *(Finis legi non potuit).*

§ 151. Il peut arriver que les testaments conformes au droit soient infirmés. . . . . *(Illisible.)*

Il pouvait se faire qu'un testament eût été régulièrement fait, qu'il ne pût être rompu et qu'il ne devînt pas inutile pour l'une des causes que nous avons déjà parcourues, et que cependant il restât sans effet pour cause d'*inofficiosité*.

On appelait *inofficieux* le testament dans lequel le testateur avait méconnu les devoirs de piété naturelle qu'il était tenu d'observer à l'égard des siens.

Quand la plainte contre un testament attaqué comme inofficieux était reconnue fondée, le testament tombait de plein droit (L. 8, § 16, ff. *de inoff. testam.*). — En conséquence, toutes les dispositions faites par ce testament étaient anéanties, aussi bien les legs que l'institution d'héritier et les affranchissements. Les légataires étaient tenus de rapporter ce qu'ils avaient reçu, et l'héritier *ab intestat* avait contre eux la *condictio indebiti* utile quand l'institué avait payé, alors qu'il ne prévoyait pas la querelle en inofficiosité. Si ce dernier était en faute pour avoir payé les légataires alors qu'il avait lieu de craindre la plainte en inofficiosité, il devait restituer au légitimaire toute la succession, même le montant des legs qu'il avait acquittés, sauf son recours contre les légataires *(eod.)*.

Quand le testateur avait laissé plusieurs héritiers légitimes, il pouvait se faire que tous n'attaquassent pas le testament.

Dans cette hypothèse, celui qui avait gain de cause n'obtenait que la part lui revenant *ab intestat*, de telle sorte que le testament était maintenu quant au surplus de l'hérédité (L. 19, *eod.*); d'où la conséquence que le testateur mourait partie *testat*, partie *intestat* (M. Demangeat, t. I, p. 704).

Si la plainte en inofficiosité était rejetée, l'auteur de cette action perdait les avantages qui lui avaient été faits dans le testament (L. 8, § 14, ff. *de inoff. test.*).—Il pouvait éviter ce résultat en se désistant avant le jugement de l'action (*eod.*). S'il mourait avant le prononcé de la sentence, ses héritiers n'étaient pas privés desdits avantages (*eod.*). On décidait de même à l'égard de celui-là qui ne faisait que continuer la *querela;* quant à celui qui avait exercé l'action pour autrui, et non pour lui-même, comme le tuteur (L. 22, §§ 2-5, *eod.*), la querelle en inofficiosité n'était admissible qu'autant qu'il n'existait pas d'autre moyen juridique de faire tomber le testament, et que le plaignant avait été exhérédé ou omis sans motifs. Le juge appréciait lui-même ces motifs (Justin., *Inst.*, *de inoff. test.*, *pr.*, et § 1). Les Novelles 115, c. 3, et 22, c. 47, déterminent les justes causes d'exhérédation ou d'omission ; elles furent limitées à quatorze pour les descendants, à huit pour les ascendants, et à trois pour les frères ou sœurs.

Avaient l'action en inofficiosité : 1° les enfants exhérédés *sine causâ*, alors qu'ils devaient l'être pour que le testament fût valable (*suprà*, §§ 123 et suiv.); 2° les enfants *omis* sans cause, toutes les fois que leur omission équivalait à une exhérédation, c'est-à-dire les descendants à l'égard de leur mère, de leur grand'mère ou de leur grand-père maternel (*Instit.*, § 7, *de exhæred.*, *liber.*); 3° les ascendants, alors qu'ils étaient exhérédés ou omis sans motifs par leurs descendants, même émancipés (LL. 15 et 30, ff. *de inoff. test.;* — *Instit.*, § 1, *eod. tit.*); 4° le frère, à l'encontre de certains institués (L. 24, ff. *eod.*, et L. 27, C., *eod. tit.*).

Lorsqu'on avait reçu dans le testament inofficieux le quart de la portion à laquelle on avait droit, on ne pouvait l'attaquer à ce titre (L. 8, § 9, ff. *de inoff. test.*). — On assimila aux dispositions testamentaires certaines donations, la constitution de dot, la donation *ante nuptias*, et celle qui avait eu

pour objet l'achat d'une charge militaire (LL. 29 et 30, C., *de inoff. testam.; — Instit., eod.*, § 6). Celui qui avait reçu quelque chose d'une valeur inférieure au quart pouvait seulement exiger le complément de ce quart (*Inst., eod.*, § 3).

L'action en inofficiosité était éteinte : 1° par une transaction faite avec les héritiers du testateur ; — 2° par le désistement ; — 3° par la reconnaissance, même implicite, que le testament était valable ; — 4° par le décès de l'ayant droit avant d'avoir intenté ou préparé son action ; — 5° par la prescription, qui était de deux ans dans le principe, à partir de l'adition, et qui fut ensuite portée à cinq ans (LL. 8, §§ 1 et 17; — 23, § 1 ; — 27 ; — 31, §§ 2-4, ff. *de inoff. testam.*).

Justinien, Nov. 18, c. 1, augmenta la *légitime*, qu'il porta à la moitié quand les légitimaires étaient plus de quatre, et au tiers quand ils étaient quatre ou moins nombreux. Il voulut, en outre, que le testateur donnât la qualité d'*héritiers* aux légitimaires, sinon la plainte inofficieuse était admise, même quand ils avaient reçu leur part (Nov. 115, c. 3 et 4). — Cette dernière Novelle portait que le testament ne tomberait plus entièrement par l'admission de la *querela*, mais que l'institution d'héritier serait seule annulée, les legs, les fidéicommis et les affranchissements restant maintenus.

§ 152. Hæredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui et necessarii, aut extranei.

§ 152. Les héritiers se divisent en héritiers nécessaires, en héritiers siens et nécessaires, et en héritiers externes.

Sur les trois classes d'héritiers dont parle notre texte, deux peuvent exister soit *ab intestat*, soit en vertu d'un testament, à savoir : les héritiers siens et nécessaires et les héritiers externes. Quant aux héritiers nécessaires, ils ne peuvent jamais exister qu'en vertu d'un testament.

§ 153. Necessarius hæres est, servus cum libertate hæres institutus; ideo sic appellatus, quia sive velit, sive nolit, omnimodo post mortem

§ 153. Est héritier nécessaire l'esclave qui reçoit à la fois la liberté et l'hérédité ; on l'appelle ainsi parce que, après la mort du testateur, il

testatoris protinus liber et hæres est.

devient aussitôt libre et héritier, qu'il veuille ou ne veuille pas.

Un esclave institué héritier par son maître ne pouvait se soustraire à la qualité d'héritier, quelque onéreuse qu'elle fût. C'est pourquoi il était appelé héritier *nécessaire* (L. 84, ff. *de hær. instit.*).

§ 154. Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum primo aut secundo, vel etiam ulteriore gradu liberum et hæredem instituere, ut, si creditoribus satis non fiat, potius hujus hæredis, quam ipsius testatoris bona veneant, id est, ut ignominia, quæ accedit ex venditione bonorum, hunc potius hæredem, quam ipsum testatorem contingat, quanquam apud Fufidium Sabino placeat, eximendum eum esse ignominia, quia non suo vitio, sed necessitate juris, bonorum venditionem pateretur; sed alio jure utimur.

§ 154. Aussi celui qui reconnaît que ses affaires sont embarrassées a-t-il l'habitude d'affranchir son esclave et de l'instituer héritier au premier degré, au second ou à un degré plus éloigné, pour que, dans le cas où les créanciers ne seraient pas payés, on vende les biens de cet héritier et non ceux du testateur, c'est-à-dire pour que l'ignominie qui résulte de la vente des biens retombe sur l'héritier plutôt que sur le testateur, quoique Sabinus, d'après Fufidius, pense que cet héritier n'est pas atteint par l'ignominie, puisqu'il supporte la vente des biens par une nécessité de droit et non en punition de ses vices; — mais nous appliquons un autre droit.

L'ignominie dont il est question dans ce paragraphe ne pouvait plus atteindre l'esclave au temps de Justinien, la vente ou masse des biens d'un débiteur ayant été supprimée (C. 3, §§ 77 et suiv.).

§ 155. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum præstatur, ut ea, quæ post mortem patroni sibi acquisierit, sive ante bonorum venditionem, sive postea, ipsi

§ 155. En compensation de cet inconvénient, on lui accorde la faculté de conserver ce qu'il a acquis après la mort de son maître, soit avant la vente des biens, soit après.

reserventur; et quamvis propter contractionem bona venierint, iterum ex hæreditaria causa bona ejus non venient, nisi si quid ei ex hæreditaria causa fuerit acquisitum, velut si *ex eo quod* Latinus acquisierit, locupletior factus sit : quum cæterorum hominum, quorum bona venierint, pro portione, si quid postea acquirant, etiam sæpius eorum bona veniri soleant.

Et, quoique ses biens personnels aient été vendus, à cause de la confusion qui s'était opérée, on ne pourra pas poursuivre une seconde vente de ses propres biens, à l'occasion de cette hérédité, à moins qu'il ne les ait acquis pour l'hérédité, comme s'il est devenu plus riche par les acquisitions qu'il a faites, étant Latin. Quant aux personnes autres que les héritiers nécessaires dont on a fait vendre les biens, vente qui n'a payé qu'une portion des dettes héréditaires, on leur fait encore vendre le plus souvent les biens qu'elles acquièrent par la suite.

Quamvis propter contractionem bona venierint... Lachman change ce texte qui se trouve dans le manuscrit; il le remplace par celui-ci : *quamvis pro portione bona venierint*, dont le sens serait : « quoique les biens aient été vendus pour une portion des dettes. » Ce changement lui paraît utile, parce que le *propter contractionem* ne présente pas à son esprit un sens raisonnable. Il lui paraît devoir être fait comme il l'indique, à cause de la fin du paragraphe, où Gaïus emploie les expressions *pro portione* relativement à un héritier autre qu'un héritier nécessaire. Nous repoussons la substitution de Lachman pour deux motifs : le premier, c'est que le manuscrit porte *propter contractionem* très-lisiblement écrit, et qu'on ne devrait le changer que si on ne pouvait pas lui donner un sens admissible; le second, c'est que le sens en est très-clair. En effet, bien que l'esclave n'eût pas de biens à lui tant qu'il était sous la puissance dominicale, il est certain que les biens de son pécule, étaient distincts des autres biens héréditaires. Or est-il surprenant que Gaïus, en parlant des biens de ce pécule, dise : « *quoique les biens de cet esclave aient été vendus*, etc., » et surtout qu'il ajoute « *forcément, nécessairement, à cause de la confusion, de la contrainte ?* » Non, et ce

qui prouve péremptoirement que le jurisconsulte a eu la pensée que nous lui attribuons, c'est qu'il ajoute : « ITERUM BONA EJUS *non venient*, » « les biens de lui (esclave) ne seront pas vendus de NOUVEAU, » ce qui est bien dire clairement que les biens de lui esclave (aujourd'hui libre et héritier) ont été vendus une première fois. — Du reste, le changement de Lachman ne fait pas disparaître la difficulté apparente qui résulte de ce que l'esclave n'avait pas de biens à lui : il ne fait que donner, comme plus en harmonie avec la fin du paragraphe, la substitution que nous avons critiquée.

Veluti si ex eo quod Latinus acquisierit, locupletior factus sit... On pourrait croire que nous avons tort de faire rapporter à l'institué même l'expression *Latinus*, parce que, aux termes du § 23 du com. 1, un Latin ne pouvait pas devenir héritier. Toutefois, si l'on se rappelle que, suivant la remarque faite sous le § 24, la disposition contenue au paragraphe précédent ne doit pas être entendue d'une manière absolue, mais avec les modifications qui sont données par plusieurs jurisconsultes, notamment par Ulpien, *Regul.*, tit. XXII, § 3, où il est dit que, si le Latin devient citoyen romain entre l'ouverture de l'hérédité et l'adition, il aura été valablement institué, on concevra parfaitement que Gaïus nous parle ici d'un affranchi latin (rendu tel par le testament de son maître, parce que ce dernier était mineur de vingt ans, ou parce que l'esclave était mineur de trente ans). En vain objecterait-on que la phrase d'Ulpien rapportée par nous s'entend d'un héritier externe, puisqu'il parle d'une adition : nous répondrions qu'en effet Ulpien suppose la nécessité d'une adition, mais qu'il ne restreint pas sa décision au cas où c'est l'affranchi latin qui doit faire cette adition, puisqu'il dit simplement que si, entre le décès et l'adition, l'un des institués (latin) parvient à la cité romaine, il pourra recueillir. Il suffit donc de supposer deux institués dont l'un deviendra héritier par l'adition seulement, et un esclave affranchi de manière à ne devenir que Latin, pour que cet esclave soit dans la condition voulue par Ulpien. Dès lors, il est tout simple de concevoir que les biens acquis par cet institué pendant qu'il était Latin puissent être poursuivis de nouveau par les créanciers héréditaires, puisque nous savons que tout ce qui était acquis aux affranchis latins était acquis

pour leur patron (Gaïus, com. 3, § 56). Du reste, nous ne faisons pas difficulté d'admettre que ce qui aura enrichi cet institué, soit Latin, soit affranchi citoyen romain, et qui proviendra d'un autre Latin de l'hérédité, puisse être poursuivi de nouveau ; seulement nous ne pensons pas que ce soit le cas prévu par le texte.

Pour s'assurer les biens qu'il pouvait acquérir par la suite, l'héritier nécessaire devait obtenir un décret du préteur ou du président de la province qui lui accordât la *séparation de biens*, et dont l'effet était d'obliger les créanciers héréditaires à restreindre leurs poursuites aux biens du défunt (L. 1, §§ 14 et 18, ff. *de separat.*). Ce bénéfice n'était pas accordé aux héritiers qui ne devenaient tels que par un acte de leur volonté ; aussi, quand ils s'étaient prononcés pour l'acceptation, ils étaient tenus pour le tout sur leurs propres biens. Justinien fut le premier qui permit à cette classe d'héritiers de n'être tenue que jusqu'à concurrence des charges de la succession, pourvu qu'on ait eu soin de faire dresser un inventaire de toutes les choses composant l'hérédité (L. 22, C., *de jure deliberandi*).

§ 156. Sui autem et necessarii hæredes sunt velut filius filiave, nepos neptisve ex filio, deinceps cæteri, qui modo in potestate morientis fuerunt ; sed uti nepos neptisve suus hæres sit, non sufficit, eum in potestate avi mortis tempore fuisse, sed opus est, ut pater quoque ejus, vivo patre suo, desierit suus hæres esse, aut morte interceptus, aut qualibet ratione liberatus potestate : tum enim nepos neptisve in locum sui patris succedunt.

§ 156. Les héritiers siens et nécessaires sont le fils et la fille, le petit-fils et la petite-fille par le fils, ainsi de suite de tous ceux qui se trouvaient sous la puissance du défunt ; mais, pour que le petit-fils ou la petite-fille soit héritier sien, il ne lui suffit pas d'avoir été sous la puissance du défunt au moment de sa mort ; il faut encore que le fils ait cessé d'être héritier sien de son père du vivant de ce dernier, soit qu'il fût mort ou, pour toute autre cause, sorti de la puissance du défunt, car alors le petit-fils et la petite-fille succèdent à la place de leur père.

Les héritiers siens et nécessaires étaient les enfants et descendants par les mâles qui se trouvaient sous la puissance *im-*

médiate du testateur au moment de la mort de ce dernier. Étaient aussi héritiers siens et nécessaires les enfants adoptifs, quel que fût leur degré, et pourvu toujours qu'ils fussent sous la puissance immédiate au moment du décès de l'ascendant adoptif (com. 3, § 2). La femme qui se trouvait *in manu* de son mari au moment de la mort de ce dernier, celle qui se trouvait *in manu* du fils, pourvu que son mari fût sorti de la puissance au moment de la mort du père, étaient dans la même condition (*ib.*, § 3). Les posthumes siens étaient aussi héritiers siens (*ib.*, § 4). Ceux au nom desquels on avait prouvé l'erreur de leur père en vertu de la loi Ælia Sentia, après la mort de leur père (bien qu'ils n'eussent jamais été en puissance), étaient ses héritiers siens (*ib.*, § 5, et L. 1, §§ 32 et 195).

Mais les fils et les filles, les petits-fils et les petites-filles par les fils, dès qu'ils sortaient de la famille par une diminution de tête, ne pouvaient plus être héritiers siens, à moins qu'ils n'y fussent rentrés par l'adoption; car la condition nécessaire pour qu'on fût héritier sien était qu'on se trouvât sous la puissance du défunt au moment de sa mort.

Nous verrons, toutefois, au com. 3, § 13 (Justinien, *Instit.*, liv. III, tit. I, § 7), qu'il suffisait d'être sous la puissance immédiate au moment où la succession *ab intestat* s'ouvrait, alors même qu'on aurait eu, entre le *de cujus* et soi, un ou plusieurs degrés intermédiaires à l'époque du décès, si ce *de cujus* avait fait un testament qui ne produisait pas d'effet par une cause survenue depuis la mort. Mais fallait-il toujours, comme l'indique notre paragraphe, être sous la puissance *immédiate* du *de cujus?* L'affirmative est certaine; elle ressort clairement du paragraphe que nous expliquons et de ces expressions : « pour que le petit-fils soit héritier sien, il faut encore que le fils ait cessé d'être héritier sien de son père du vivant de ce dernier, *soit qu'il fût mort* ou, pour toute autre cause, *sorti de la puissance du défunt*, » expressions qui sont reproduites en entier relativement aux héritiers siens et nécessaires *ab intestat* (*infrà*, C. 3, § 2).

Quelle serait donc la condition du petit-fils institué par l'aïeul, le père n'étant pas sorti de la famille? Il faut tout d'abord supposer, pour que le testament produise quelque effet, que le fils a été valablement exhérédé : autrement le testament

serait nul et la question ne se présenterait pas. Mais, cette formalité étant remplie, quelle sera la condition du petit-fils. *Il ne sera pas même héritier;* mais il fera son père *héritier nécessaire* et sans adition :« *patrem suum sine aditione faciet hæredem, et quidem necessarium* » (L. 6, § 5, ff. *de acq. vel amitt. hæred.*).

De ce que, pour être héritier sien et nécessaire, il fallait être sous la puissance, il résulte que les femmes n'avaient jamais d'héritiers de cette sorte, puisqu'elles n'avaient pas la puissance paternelle. Il en résulte aussi que l'enfant émancipé ou donné en adoption n'était pas héritier sien de son père naturel qui l'instituait. Mais, comme la puissance paternelle n'était dissoute, à l'égard des enfants mâles du premier degré, qu'après trois mancipations, l'enfant institué dont le père serait mort après la première ou la deuxième mancipation aurait été héritier sien et nécessaire, mais *ab intestat*, parce que sa rentrée sous la puissance aurait rompu le testament même dans lequel il était institué (*suprà*, § 141, et C. 3, § 6).

En terminant sur ce paragraphe, disons qu'au temps où l'adoption ne fit plus sortir l'adopté de sa famille naturelle, c'est dans cette famille, et non dans celle de l'adoptant, que l'adopté pouvait être héritier sien et nécessaire, sauf le cas où l'adoption était faite par un aïeul maternel (*suprà*, § 137).

§ 157. Sed sui quidem hæredes ideo appellantur, quia domestici hæredes sunt, et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur : unde etiam, si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum; necessarii vero ideo dicuntur, quia omnimodo, velint nolintve, *tam* ab intestato, quam ex testamento hæredes fiunt.

§ 157. On les appelle héritiers siens parce qu'ils sont héritiers domestiques et considérés en quelque sorte comme copropriétaires du vivant de l'ascendant; c'est pourquoi, si quelqu'un meurt intestat, sa succession est d'abord dévolue à ses enfants; on les appelle héritiers nécessaires parce que, de toute manière, bon gré mal gré, ils deviennent héritiers, soit *ab intestat*, soit en vertu d'un testament.

Le nom de *sui hæredes* qu'on donne à ceux qui étaient sous la puissance immédiate leur vient de ce que, étant considérés

comme copropriétaires du patrimoine de l'ascendant du vivant de ce dernier, ils sont en quelque sorte *héritiers d'eux-mêmes* (*hœredes sui*). Ce qui prouve la justesse de cette explication et la fausseté de celle qui les appelle siens, comme étant chose du père, et qui fait rapporter à cet ascendant l'expression *sui*, c'est que l'esclave, qui est également *suus* du père en ce sens qu'il est sa chose, n'est point *héritier sien*, mais simplement héritier nécessaire.

Le texte fait suffisamment comprendre pourquoi on les appelle héritiers nécessaires.

§ 158. Sed his prætor permittit, abstinere se ab hæreditate, ut potius parentis bona veneant.

§ 158. Mais le préteur leur permet de s'abstenir de l'hérédité, afin que ce soit plutôt les biens de l'ascendant qui soient vendus.

Pour que les biens soient plutôt vendus sous le nom du défunt que sous celui de l'héritier, afin que l'ignominie retombe sur ce défunt, et non sur l'héritier.

§ 159. Idem juris est et *in* uxoris persona, quæ in manu est, quia filiæ loco est, et in nurus quæ in manu filii est, quia neptis loco est.

§ 159. Le même droit est établi quant à l'épouse *in manu*, parce qu'elle est au rang de fille, et quant à la bru qui est *in manu* du fils, car elle a rang de petite-fille.

L'épouse qui était *in manu* de son mari, et la bru qui était *in manu* du fils, pouvaient invoquer le bénéfice d'abstention.

Le droit d'abstention différait du bénéfice de séparation de biens en ce qu'il suffisait à l'héritier sien et nécessaire, à l'épouse *in manu* ou à celui qui était en *mancipium*, de ne pas s'immiscer dans les choses de la succession pour n'être pas poursuivi personnellement, tandis qu'il fallait, en outre, au regard de l'héritier nécessaire, qu'il eût demandé et obtenu la séparation. — Ajoutons que l'héritier sien et nécessaire ne pouvait être poursuivi personnellement, et que les biens de la succession étaient vendus sous le nom du défunt, tandis que l'héritier nécessaire était poursuivi personnellement, mais seulement jusqu'à concurrence des biens héréditaires.

§ 160. Quin etiam similiter abstinendi potestatem facit prætor etiam ei, qui in causa mancipii est, id est mancipato, quum liber et hæres institutus sit; quum necessarius, non etiam suus hæres sit, tanquam servus.

§ 160. Bien plus, le préteur accorde également le droit d'abstention à celui qui est soumis au *mancipium*, c'est-à-dire mancipé, alors qu'il est déclaré libre et institué héritier, quoiqu'il soit héritier nécessaire, et ne soit pas plus que l'esclave héritier sien.

On traitait, à cet égard, celui qui était en *mancipium* comme un héritier sien et nécessaire, quoiqu'il ne fût pas un héritier sien, mais un héritier nécessaire.

§ 161. Cæteri, qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei hæredes appellantur; itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, hæredes a nobis instituti sicut extranei videntur; qua de causa et qui a matre hæredes instituuntur, eodem numero sunt, quia feminæ liberos in potestate non habent; servi quoque, qui quum liberi et hæredes instituti sunt et postea a domino manumissi, eodem numero habentur.

§ 161. Ceux qui n'étaient pas soumis à la puissance du testateur s'appellent héritiers externes : aussi nos enfants eux-mêmes, s'ils n'étaient pas sous notre puissance, sont-ils héritiers externes, si nous les instituons héritiers; de là il résulte que ceux qui sont institués héritiers par leur mère sont héritiers externes, puisque les femmes n'ont pas leurs enfants sous leur puissance; les esclaves qui ont été institués héritiers et déclarés libres et qui, après cela, ont été affranchis par le testateur, sont également héritiers externes.

Il s'agit des esclaves qui ont été affranchis entre la confection du testament et la mort du testateur.

Pour recueillir une hérédité en qualité d'héritier externe, il ne suffisait pas d'être capable de la recevoir au moment du testament et à celui où s'ouvrait le droit, c'est-à-dire au décès du testateur au cas d'institution pure et simple, à l'avénement de la condition quand l'institution était conditionnelle, il fallait encore avoir la faction passive de testament au moment où on acceptait la succession (Justin., *Instit.*, § 4, *de hæredum qualit.*).

§ 162. Extraneis autem hæredibus deliberandi potestas data est de adeunda hæreditate, vel non adeunda.

§ 162. On a donné aux héritiers externes la faculté de délibérer sur l'acceptation ou la répudiation de l'hérédité qui leur est déférée.

A la différence des héritiers nécessaires et des héritiers siens et nécessaires, les héritiers externes n'acquéraient l'hérédité qu'en manifestant leur volonté par des paroles ou par des actes. Comme ils ne pouvaient être contraints à devenir héritiers malgré eux, on leur accorda un délai pour délibérer sur ce qu'ils voulaient faire. On verra bientôt que ce délai était fixé par le préteur, à moins que le testament ne l'eût limité lui-même.

§ 163. Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hæreditariis, sive is, cui de adeunda deliberare licet, adierit, postea relinquendæ hæreditatis facultatem non habet, nisi si minor sit annorum XXV; nam hujus ætatis hominibus, sicut in cæteris omnibus causis, deceptis, ita etiam si temere damnosam hæreditatem susceperint, prætor succurrit; scio quidem divum Hadrianum etiam majori XXV annorum veniam dedisse, quum post aditam hæreditatem grande æs alienum, quod aditæ hæreditatis tempore latebat, apparuisset.

§ 163. Mais si celui qui a la faculté de s'abstenir s'est immiscé dans les affaires de la succession, si celui qui a le bénéfice de délibération a fait adition, on ne leur permet pas de délaisser l'hérédité, à moins qu'ils ne soient mineurs de vingt-cinq ans; car, de même que, dans tous les autres cas où ils ont été déçus, le préteur vient au secours des mineurs de cet âge, de même s'ils ont accepté imprudemment une hérédité onéreuse; je n'ignore pas, à la vérité, que le divin Adrien accorda la restitution en entier à un majeur de vingt-cinq ans, parce qu'après l'adition on avait découvert une dette considérable inconnue au moment de l'adition.

L'institué sien et nécessaire avait la faculté de s'abstenir, et partant d'échapper aux obligations et charges de l'hérédité: l'héritier externe, ayant le *jus deliberandi*, était dans le même cas. — Mais toutes les fois qu'ils avaient fait acte d'héritier,

c'est-à-dire de maître sur ce qui composait l'hérédité, ils étaient forcément tenus des charges héréditaires, sauf le secours de la *restitutio in integrum* pour les mineurs de vingt-cinq ans ou de la remise de l'empereur pour les majeurs de vingt-cinq ans. Quand l'acceptation de l'héritier externe était expresse, elle entraînait *à fortiori* les mêmes conséquences (*V.* aux §§ 514 et suivants de notre *Traité des actions* ce que nous disons des restitutions en entier).

§ 164. Extraneis hæredibus solet cretio dari, id est, finis deliberandi, ut intra certum tempus vel adeant hæreditatem, vel si non adeant, temporis fine submoveantur; ideo autem cretio appellata est, quia cernere est quasi decernere et constituere.

§ 164. On est dans l'usage de donner la crétion aux héritiers externes, c'est-à-dire un terme pour délibérer, pour que, dans un temps déterminé, ils fassent adition, ou qu'ils soient écartés à l'expiration de ce temps, s'ils n'ont pas fait adition; la crétion est ainsi appelée parce que *cernere* c'est comme choisir et convenir.

Celui qui était institué avec crétion était déchu après l'expiration du délai de la crétion, s'il n'avait accepté, ni expressément ni en fait, la succession qui lui était déférée.

§ 165. Quum ergo ita scriptum sit : HÆRES TITIUS ESTO, adjicere debemus : CERNITOQUE IN CENTUM DIEBUS PROXIMIS, QUIBUS SCIES POTERISQUE; QUOD NI ITA CREVERIS, EXHÆRES ESTO.

§ 165. Après avoir dit : TITIUS, SOYEZ MON HÉRITIER, nous devons ajouter : ACCEPTEZ DANS LES CENT JOURS LES PLUS RAPPROCHÉS DE CELUI OU VOUS AUREZ CONNU VOTRE VOCATION ET PU ACCEPTER; SI VOUS N'AVEZ PAS ACCEPTÉ DANS CET INTERVALLE, SOYEZ EXHÉRÉDÉ.

§ 166. Et qui ita hæres institutus est, si velit hæres esse, debebit intra diem cretionis cernere, id est, hæc verba dicere : QUOD ME PUBLIUS TITIUS TESTAMENTO SUO HÆREDEM INSTITUIT, EAM HÆ-

§ 166. Celui qui est institué de la sorte doit faire crétion dans le temps donné, s'il veut être héritier. La crétion se fait ainsi : PUBLIUS TITIUS M'AYANT INSTITUÉ SON HÉRITIER TESTAMENTAIRE, JE FAIS ADITION DE

REDITATEM ADEO CERNOQUE. Quod si ita non creverit, finito tempore cretionis excluditur, nec quidquam proficit, si pro hærede gerat, id est, si rebus hæreditariis tanquam hæres utatur.

CETTE HÉRÉDITÉ ET JE LA CHOISIS. S'il n'a pas fait crétion de la sorte, il n'en a plus le droit après l'expiration du délai, et il ne lui sert à rien de gérer comme héritier, c'est-à-dire d'user des choses de la succession comme héritier.

Comme compensation de sa déchéance pour avoir laissé expirer le délai de la crétion, l'institué n'avait plus à craindre qu'on le réputât héritier pour les actes de gestion qu'il pourrait faire après ce délai. Il n'avait pas besoin de répudier expressément l'hérédité.

§ 167. At is, qui sine cretione hæres institutus sit, aut qui ab intestato legitimo jure ad hæreditatem vocatur, potest, aut cernendo, aut pro hærede gerendo, vel etiam nuda voluntate suscipiendæ hæreditatis hæres fieri, eique liberum est, quocumque tempore voluerit, adire hæreditatem; *sed* solet prætor, postulantibus hæreditariis creditoribus, tempus constituere, intra quod, si velint, adeant hæreditatem : si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere.

§ 167. Mais celui qui *est* institué héritier sans crétion ou appelé *ab intestat* à l'hérédité légitime peut devenir héritier, soit en faisant crétion, soit en faisant acte d'héritier, soit en manifestant simplement sa volonté de devenir héritier; et il lui est loisible de faire adition à l'époque qui lui convient; mais le préteur, sur la demande des créanciers de l'hérédité, détermine un délai pendant lequel les héritiers doivent faire adition, s'ils veulent accepter; s'ils n'ont pas fait adition avant l'expiration du délai fixé, les créanciers peuvent faire vendre les biens du défunt.

Quand on était institué sans crétion, on avait, dans le principe, la possibilité de faire adition ou de répudier tant que les biens héréditaires n'avaient pas été acquis par un tiers à l'aide de la *bonorum possessio pro hærede* (*suprà*, § 52). — Mais le préteur permit aux créanciers de faire fixer un délai dans lequel l'institué serait tenu de se prononcer. Ce délai était d'abord de cent jours au moins (L. 2, ff. *de jure delib.*).

— Justinien permit de le porter à neuf mois (L. 22, § 13, C., *eod. tit.*).

De la fin de notre paragraphe il résulte qu'au temps de Gaïus, l'institué qui laissait expirer le délai fixé par le préteur n'était plus recevable à prendre l'hérédité, et partant ne pouvait être recherché comme héritier, à raison de ses actes postérieurs à l'expiration du délai. — Dans le droit de Justinien, c'est l'inverse qui arrive : l'institué qui n'a pas mis, pour répudier, à profit le délai qui lui a été imparti est considéré comme s'il avait accepté (L. 22, § 14, au C., *de jure delib.*).

§ 168. Si quis autem cum cretione hæres institutus est, *sicut* nisi creverit hæreditatem, non fit hæres, ita non aliter excluditur, quam si non creverit, intra id tempus, quo cretio finita sit ; itaque licet ante diem cretionis constituerit, hæreditatem non adire, tamen pœnitentia actus, superante die cretionis, cernendo hæres esse potest.

§ 168. Mais, de même que celui qui est institué héritier avec crétion, de manière à ne devenir héritier que par la crétion, n'est exclu qu'après le terme accordé pour faire crétion ; de même, bien qu'avant l'expiration du temps accordé pour la crétion, il ait déclaré renoncer à l'hérédité, il peut cependant, avant l'expiration du délai, s'il a repentir de sa déclaration, devenir héritier en faisant crétion.

Par la crétion, l'institué avait cet avantage que, malgré sa répudiation avant le terme de la crétion, il pouvait, s'il avait repentir, revenir sur sa détermination.

§ 169. At hic, qui sine cretione hæres institutus est, quique ab intestato per legem vocatur, sicut voluntate nuda hæres fit, ita et contraria destinatione et statim ab hæreditate repellitur.

§ 169. Mais, de même que celui qui est institué héritier sans crétion, ou celui qui est appelé par la loi à une succession *ab intestat*, devient héritier par sa seule volonté, de même il est écarté de l'hérédité par sa seule volonté de ne pas être héritier.

Celui qui n'avait pas la crétion pouvait renoncer à l'hérédité, et il n'avait pas, comme l'institué avec crétion, la pos-

sibilité de revenir sur sa répudiation *(Inst.,* § 7, *de hæred. qualit. et differ.).*

§ 170. Omnis autem cretio certo tempore constringitur; in quam rem tolerabile tempus visum est centum dierum; potest tamen nihilominus jure civili, aut longius, aut brevius tempus dari : longius tamen interdum prætor coarctat.

§ 170. Toute crétion a ses limites dans un temps déterminé; le délai tolérable a paru être celui de cent jours; le droit civil permet cependant un plus grand ou un moindre délai; le préteur abrége quelquefois le délai qui dépasse cent jours.

§ 171. Et quamvis omnis cretio certis diebus constringatur, tamen alia cretio vulgaris vocatur, alia certorum dierum : vulgaris illa, quam supra exposuimus, id est, in qua dicuntur hæc verba : QUIBUS SCIET POTERITQUE; certorum dierum, in qua detractis his verbis cætera scribuntur.

§ 171. Quoique toute crétion soit limitée, on distingue cependant la crétion vulgaire de la crétion certaine : la vulgaire est celle que nous venons d'exposer, où l'on prononce ces paroles : DANS LES CENT JOURS DEPUIS CELUI OU IL AURA CONNAISSANCE DE SA VOCATION ET POURRA FAIRE ADITION. Dans la crétion certaine, on supprime ces dernières paroles.

§ 172. Quarum cretionum magna differentia est; nam vulgari cretione data, nulli dies computantur, nisi quibus scierit quisque se hæredem esse institutum, et possit cernere; certorum vero dierum cretione data, etiam nesciente se hæredem institutum esse numerantur dies continui : item ei quoque, qui aliqua ex causa cernere prohibetur, et eo amplius ei, qui sub conditione hæres institutus est, tempus numeratur; unde melius et aptius est, vulgari cretione uti.

§ 172. Entre ces deux crétions la différence est grande : dans la crétion vulgaire, en effet, on ne compte que les jours où l'institué a pu faire crétion, et lorsqu'il savait qu'il était institué; dans la crétion certaine, au contraire, on compte les jours continus, alors même que l'institué ne se savait pas appelé, ou qu'il était empêché pour tout autre motif, et, à plus forte raison, alors même qu'il était institué sous condition; aussi est-il mieux et plus conforme à l'usage d'employer la crétion vulgaire.

§ 173. Continua hæc cretio vocatur, quia continui dies

§ 173. On appelle cette crétion continue parce que tous

numerantur; sed quia tamen dura est hæc cretio, altera magis in usu habetur; unde etiam vulgaris dicta est.

les jours se comptent; mais, comme elle est rigoureuse, la première est plus usitée; aussi l'appelle-t-on crétion vulgaire.

On voit, par les hypothèses dans lesquelles se place notre texte, combien la crétion certaine était rigoureuse et injuste parfois. Aussi n'était-elle plus admise dès avant le règne de Justinien (L. 17, C., *de jure deliber.*).

Justinien établit au profit des institués et des héritiers légitimes ce qu'on a appelé le bénéfice d'inventaire. Il permit au successible qui avait des craintes sur le résultat de la succession de faire dresser un inventaire des choses de l'hérédité, et d'échapper par ce moyen au payement sur ses biens personnels des dettes de la succession, tout en conservant ses droits de créance contre l'hérédité (L. 22, C., *de jure delib.*).

De substitutionibus.

§ 174. Interdum duos pluresve gradus hæredum facimus, hoc modo : LUCIUS TITIUS HÆRES ESTO, CERNITOQUE IN DIEBUS CENTUM PROXIMIS, QUIBUS SCIES POTERISQUE, QUOD NI ITA CREVERIS, EXHÆRES ESTO; TUM MÆVIUS HÆRES ESTO, CERNITOQUE IN DIEBUS CENTUM, et reliqua : et deinceps, in quantum velimus, substituere possumus.

Des substitutions.

§ 174. Quelquefois nous instituons plusieurs degrés d'héritiers de cette manière : LUCIUS TITIUS, SOYEZ MON HÉRITIER, ET FAITES CRÉTION DANS LES CENT JOURS OU VOUS AUREZ CONNAISSANCE DE VOTRE VOCATION, ET POURREZ ACCEPTER; SI VOUS NE FAITES PAS AINSI CRÉTION, SOYEZ EXHÉRÉDÉ; MÉVIUS, SOYEZ ALORS MON HÉRITIER, ET FAITES CRÉTION DANS LES CENT JOURS, et la suite; on peut faire autant de degrés de substitutions qu'on le veut.

Substituer s'entendait de l'action d'un testateur qui appelait un second institué à défaut du premier, ou un troisième à défaut du second, et aussi de la désignation qu'un testateur pouvait faire dans son testament d'un institué à son enfant, pour le cas où ce dernier mourrait incapable d'avoir un testament

(texte, *hic*, et § 179; — Justin., *Instit.*, § 1, *de pupill. subst.*, et L. 9, C., *de impub. et aliis substit.*).

Il y avait trois espèces de substitutions : la *vulgaire*, c'est-à-dire celle par laquelle on appelait une personne, à défaut de l'institué précédent, à recueillir l'hérédité qu'il ne pouvait ou ne voulait pas recueillir; — la *pupillaire*, c'est-à-dire celle par laquelle le *pater-familiâs*, prévoyant le cas où son enfant, sous sa puissance et devant être *sui juris* au décès de son père, mourrait impubère, lui désignait un héritier dans son propre testament; — enfin, la *quasi-pupillaire*, instituée par Justinien à l'imitation de la seconde, et par laquelle le *pater-familiâs* désignait un héritier à l'enfant qu'il avait sous sa puissance et qui, à cause de son insanité d'esprit, ne pouvait, quoique pubère, laisser un testament valable (textes précités).

La substitution vulgaire avait pour objet d'assurer un héritier testamentaire à celui dont l'institué ne pouvait ou ne voulait pas recueillir la succession. Afin de rendre ce résultat certain, le testateur pouvait appeler, en dernier lieu, son esclave, qui devenait son héritier sien et nécessaire, si les premiers appelés refusaient de recueillir (*Instit.*, *de vulgar. substit.*, *pr.*).

§ 175. Et licet nobis vel unum in unius locum, substituere pluresve; et contra in plurium locum vel unum, vel plures substituere.

§ 175. Nous pouvons substituer un seul à un seul ou plusieurs à un seul, comme aussi un seul ou plusieurs à plusieurs.

Ces différents modes de substitutions ont pour objet d'assurer de plus en plus la chance d'un héritier testamentaire. Quand la substitution était faite entre plusieurs institués du même degré, elle avait quelquefois l'avantage de permettre de recueillir à celui qui n'aurait pas pu bénéficier du droit d'accroissement. Ainsi, on verra plus loin que l'accroissement d'une part caduque était attribuée au cohéritier ayant des enfants, à l'exclusion des autres. La substitution au profit de ces derniers les empêchait d'être écartés de la part caduque (L. 1, C., *de caducis toll.*); d'autres fois, la substitution empêchait de recueillir la part caduque, contrairement à ce qu'aurait permis l'accroissement. Ainsi, entre trois institués

dont l'un était prédécédé laissant des enfants, la part caduque accroissait à ces derniers comme aux autres institués survivants, à moins que la substitution n'eût appelé tous les cohéritiers à la place l'un de l'autre, auquel cas les enfants du prédécédé étaient écartés (L. 9, ff. *de suis et legit.*; — L. 45, § 1, *eod.*, *de vulg. et pupil. subst.*, — et L. 81, *eod.*, *de adquir. vel omit. hæred.*).

§ 176. Primo itaque gradu scriptus hæres hæreditatem cernendo fit hæres, et substitutus excluditur : non cernendo submovetur, etiamsi pro hærede gerat, et in locum ejus substitutus succedit, et deinceps si plures gradus sint, in singulis simili ratione idem contingit.

§ 176. En conséquence, le premier institué devient héritier en faisant crétion, et écarte le substitué ; mais celui-ci est appelé à la place de l'institué qui n'a pas fait crétion, alors même qu'il fait acte d'héritier. S'il y a plusieurs degrés de substitutions, les choses se passent de la même manière pour chaque degré.

En règle générale, le premier institué excluait le substitué. Toutefois, d'après notre texte, si l'institué avec crétion n'avait pas fait adition expresse et s'était contenté de faire acte d'héritier, il était écarté par le substitué, alors que le testateur avait eu soin de l'exhéréder, à défaut de faire crétion.

§ 177. Sed si cretio sine exhæredatione sit data, id est, in hæc verba : SI NON CREVERIS, TUM PUBLIUS MÆVIUS HÆRES ESTO, illud diversum invenitur, quia si prior omissa cretione pro hærede gerat, substitutus in partem admittitur, et fiunt ambo æquis partibus hæredes ; quod si neque cernat, neque pro hærede gerat, sane in universo submovetur, et substitutus in totam hæreditatem succedit.

§ 177. Mais, si le testateur a ordonné la crétion sans ajouter d'exhérédation, c'est-à-dire en ces termes : SI TU NE FAIS PAS CRÉTION, QUE PUBLIUS MÉVIUS SOIT MON HÉRITIER, il n'en est point ainsi, parce que, si le premier institué qui n'a pas fait la crétion fait acte d'héritier, on n'admet le substitué que pour portion, tous les deux devenant alors héritiers pour portions égales ; si l'institué ne fait ni crétion ni acte d'héritier, il est écarté pour le tout, et ce tout est dévolu au substitué.

Si le testateur n'avait pas ajouté l'exhérédation, le substitué venait seulement en concours avec l'institué, qui, au lieu de faire crétion, se bornait à faire acte d'héritier. — Marc-Aurèle voulut que, dans ce cas, l'acte d'héritier fait par l'institué écartât le substitué comme l'adition (Ulpien, *Fragm.* XXII, § 34).

§ 178. Sed dudum quidem placuit, quandiu cernere et eo modo hæres fieri possit prior, etiamsi pro hærede gesserit, non tamen admitti substitutum; quum vero cretio finita sit, tum pro hærede ingerentem admittere substitutum; *olim* vero placuit, etiam superante cretione posse eum pro hærede gerendo in partem substitutum admittere, et amplius ad cretionem reverti non posse.

§ 178. Mais depuis longtemps on a décidé que, tant qu'il est permis au premier institué de faire crétion et de devenir héritier de cette manière, le substitué n'est pas admis par cela seul que l'institué a fait acte d'héritier; mais, lorsque le temps donné pour faire crétion est expiré, l'institué admet le substitué en faisant acte d'héritier. Jadis on décidait, au contraire, qu'alors même que le délai fixé pour la crétion n'était pas expiré, l'institué pouvait admettre le substitué pour partie en faisant acte d'héritier, et qu'il ne pouvait plus faire crétion.

La décision donnée au commencement de ce paragraphe n'est pas surprenante, puisque, aux termes du § 168, celui qui était institué avec crétion n'était pas exclu par sa renonciation même, tant que le délai accordé pour la crétion n'était pas expiré : la décision qui veut qu'après le délai expiré, le substitué soit admis malgré l'acte d'héritier fait par l'institué, suppose évidemment une crétion sans qu'on y ait ajouté l'exhérédation, et n'est qu'une application du § 177. La fin du § 178 ne fait que rappeler une opinion abandonnée.

Au cas déjà cité de concours établi entre l'institué et le substitué, on peut en ajouter deux autres. Le premier est celui où un esclave appartenant à autrui avait été institué par un testateur qui le croyait libre et qui lui avait nommé un substitué. Ce dernier prenait moitié de la succession, et le

maître de l'esclave recueillait le reste (*Instit.*, *de vulg. subst.*, § 4). — Le second cas est celui où un esclave institué appartenait à plusieurs maîtres, dont un seul l'autorisait à faire adition. Dans cette hypothèse, le maître qui avait ordonné l'adition concourait avec le substitué (L. 48, *pr.*, ff. *de vulg. et pupil. subst.*).

§ 179. Liberis nostris impuberibus, quos in potestate habemus, non solum ita, ut supra diximus, substituere possumus, id est, ut, *si* hæredes non exstiterint, alius nobis hæres sit, sed eo amplius, ut etiam si hæredes nobis exstiterint, et adhuc impuberes mortui fuerint, sit iis aliquis hæres; velut hoc modo : TITIUS FILIUS MEUS MIHI HÆRES ESTO; SI FILIUS MEUS MIHI HÆRES NON ERIT, SIVE ERIT ET PRIUS MORIATUR QUAM IN SUAM TUTELAM VENERIT, SEIUS HÆRES ESTO.

§ 179. Nous pouvons non-seulement substituer, comme nous l'avons dit, à nos enfants impubères soumis à notre puissance, c'est-à-dire faire que, s'ils ne sont pas nos héritiers, quelqu'un le soit à leur place, mais encore faire qu'alors même qu'ils auront été nos héritiers, quelqu'un soit leur héritier, s'ils sont morts impubères, par exemple ainsi : QUE TITIUS, MON FILS, SOIT MON HÉRITIER; SI MON FILS N'EST PAS MON HÉRITIER, OU SI, APRÈS L'AVOIR ÉTÉ, IL MEURT AVANT D'AVOIR ATTEINT SA PUBERTÉ, QUE SÉIUS SOIT SON HÉRITIER.

Afin d'empêcher un enfant impubère de mourir *intestat*, on autorisait le père qui l'avait sous sa puissance immédiate, à lui désigner un héritier pour le cas où il mourrait avant d'avoir atteint l'âge où il pourrait tester.

§ 180. Quo casu, si quidem non exstiterit hæres filius, substitutus patris fit hæres : *si vero* hæres exstiterit filius, et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit hæres substitutus; quamobrem duo quodammodo sunt testamenta, aliud patris, aliud filii, tanquam si ipse filius sibi hæredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum hæreditatum.

§ 180. Dans ce cas, si le fils n'est pas héritier de son père, le substitué le devient; mais si le fils est héritier et meurt avant sa puberté, le substitué est héritier du fils ; aussi y a-t-il, en quelque sorte, deux testaments : celui du père et celui du fils, comme si le fils lui-même s'était choisi un héritier; il y a au moins un testament qui dispose de deux hérédités.

L'usage était, paraît-il, que le père fît d'abord une substitution vulgaire pour le cas où son fils ne recueillerait pas son hérédité, et une substitution pupillaire pour l'hypothèse où, ayant été héritier de son père, il mourrait lui-même avant d'avoir atteint l'âge où il lui était permis de tester. — On se demandait si, dans ce cas, il y avait deux testaments ou un seul; mais tout le monde reconnaissait qu'il y avait deux hérédités.

§ 181. Cæterum ne post obitum parentis periculo insidiarum subjectus videatur pupillus, in usu est, vulgarem quidem substitutionem palam facere, id est, eo loco, quo pupillum hæredem instituimus; *nam* vulgaris substitutio ita vocat ad hæreditatem substitutum, si omnino pupillus hæres non exstiterit; quod accidit quum vivo parente moritur; quo casu nullum substituti maleficium suspicari possumus, quum scilicet vivo testatore omnia, quæ in testamento scripta sint, ignorentur; illam autem substitutionem, per quam, etiamsi hæres exstiterit pupillus, et intra pubertatem decesserit, substitutum vocamus, separatim in inferioribus tabulis scribimus, easque tabulas proprio lino, propriaque cera consignamus, et in prioribus tabulis cavemus, ne inferiores tabulæ vivo filio et adhuc impubere aperiantur; sed longe tutius est, utrumque genus substitutionis separatim in inferioribus tabulis consignari, quod, si ita consignatæ vel separatæ fuerint substitutiones, ut diximus, ex priore

§ 181. Du reste, pour que le pupille ne soit pas exposé aux embûches après le décès de son père, on est dans l'usage de faire à haute voix la substitution vulgaire, c'est-à-dire à l'endroit où l'on institue le pupille héritier, car la substitution vulgaire n'appelle le substitué à l'hérédité que si le pupille ne peut pas être héritier, ce qui arrive lorsqu'il meurt du vivant de son père; jusque-là on ne peut rien craindre du substitué, puisque tout ce qui est écrit dans le testament reste ignoré pendant la vie du testateur; mais nous inscrivons sur les dernières tablettes et séparément la substitution par laquelle nous appelons un substitué pour le cas où le fils serait héritier et décéderait avant sa puberté; nous entourons ces tablettes d'un fil et nous les cachetons avec un cachet particulier, et nous avons soin d'avertir, aux premières tablettes, qu'on n'ouvre pas les dernières du vivant de notre fils impubère; mais il est beaucoup plus prudent de consigner chaque substitution séparément dans les dernières

potest intelligi, in altera quoque idem esse substitutus.

tablettes, parce que, si elles ont été écrites et séparées, comme nous l'avons dit, la dernière est comprise d'après la première, et l'on suppose que le substitué vulgaire est substitué pupillairement.

Notre texte indique une sage précaution permise au père afin d'éviter les embûches de celui qui se savait appelé à l'hérédité de l'enfant, pour le cas où il décéderait incapable de faire un testament.

§ 182. Non solum autem hæredibus institutis impuberibus liberis ita substituere possumus ut si ante pubertatem mortui fuerint, sit is hæres, quem nos voluerimus, sed etiam exhæredatis; itaque eo casu, si quid pupillo ex hæreditatibus, legatisve, aut donationibus propinquorum acquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinet.

§ 182. Nous pouvons nonseulement substituer ainsi à nos enfants institués nos héritiers, de manière que, s'ils meurent impubères, celui que nous aurons choisi soit leur héritier, mais encore à nos enfants exhérédés; et si, dans ce cas, le pupille a reçu des successions, des legs ou des donations de ses proches, tout cela appartient au substitué.

Un père de famille pouvait substituer pupillairement à l'enfant qu'il instituait, et aussi à celui qu'il exhérédait, et il est à remarquer que le père avait toujours le droit de disposer de ce qui serait advenu à son fils par succession, donation ou legs.

§ 183. Quæcumque diximus de substitutione impuberum liberorum vel hæredum institutorum, vel exhæredatorum, eadem etiam de posthumis intelligemus.

§ 183. Tout ce que nous avons dit sur la substitution de nos enfants impubères institués héritiers ou exhérédés s'applique également aux posthumes.

Il était permis de faire une institution pupillaire au posthume qu'on pouvait instituer ou exhéréder.

Toute substitution était, pour sa validité, subordonnée au maintien du testament que le testateur avait fait pour lui-même

(Instit., de pupil. subst., § 5; — L. 2, § 1, ff. *de vulg. et pupil. subst.)*, à l'exception toutefois de celle qui était faite pupillairement par un militaire (LL. 2, § 1; 15, § 5, et 41, § 5, ff. *de testam. milit.*). — A l'égard des non-militaires, le testateur donnait effet à la substitution pupillaire toutes les fois que la succession du père était recueillie soit au moyen de la *bonorum possessio* prétorienne, soit au moyen de la *restitutio in integrum* (L. 1, § 7, ff. *si quis omis. causâ testam.*; —LL. 1, § 1, et 2, § 3, ff. *de vulg. et pup. subst.*).

La substitution pupillaire s'évanouissait quand l'enfant atteignait sa puberté ou lorsqu'il éprouvait une *capitis deminutio*, soit avant, soit après la mort du père *(Instit., de pupil. subst.*, § 8; — L. 2, *pr.*, ff. *de vulg. et pupil. substit.)*, ou aussi quand le testament du père était invalidé.

Justinien créa une troisième espèce de substitution, à l'exemple de la substitution pupillaire. Elle était permise à tout ascendant, même à la mère, à l'égard de son descendant privé de sa raison, quoiqu'il eût atteint l'âge de puberté; mais l'ascendant devait choisir le substitué parmi ses descendants, s'il en avait; à défaut, parmi ses frères ou sœurs. S'il n'y avait ni frères ni sœurs, il pouvait substituer qui il voulait (L. 9, C., *de impub. et aliis substitutionibus*).

§ 184. Extraneo vero hæredi instituto ita substituere non possumus, ut si hæres exstiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei hæres sit: sed hoc solum nobis permissum est, ut eum per fideicommissum obligemus, ut hæreditatem nostram vel totam, vel partem restituat; quod jus quale sit, suo loco trademus.

§ 184. Nous ne pouvons pas substituer à un étranger institué notre héritier, de manière que, s'il devient héritier et décède quelque temps après, un autre soit son héritier; il nous est permis seulement de l'obliger par fidéicommis à restituer notre hérédité en tout ou en partie. Nous exposerons en son lieu la théorie des fidéicommis.

Notre droit français autorise la substitution vulgaire; mais il n'admet ni la substitution pupillaire, ni la substitution *exemplaire*, ni les *fidéicommis*.

§ 185. Sicut autem liberi homines, ita et servi, tam

§ 185. Nos esclaves et ceux d'autrui peuvent être institués

nostri quam alieni, hæredes scribi possunt.

héritiers, de même que les hommes libres.

L'institution d'héritier pouvait être conditionnelle. C'est ce que reconnaît Gaïus, § 172, quand il parle de l'institué sous condition, et ce que dit expressément Justinien, *Instit.*, § 9, *de hæred. instit.* — En attendant l'arrivée de la condition, ou plutôt son échéance, l'hérédité était en suspens et, suivant que la condition se réalisait ou ne s'accomplissait pas, l'hérédité était déférée à l'institué ou bien à celui que le testateur lui avait substitué, ou, à défaut, *ab intestat*. Quand la condition imposée par le testament était impossible ou contraire aux lois ou aux mœurs, elle était réputée non écrite, et l'institué considéré comme héritier pur et simple, à la différence de ce qui arrivait en matière d'obligation, où toute condition impossible, contraire aux lois ou aux mœurs, rendait l'obligation nulle (*Instit.*, *loc. cit.*, § 10; — texte, C. 3, § 98; — Paul, *Sent.* III, IV, § 2; — L. 14, ff. *de cond. instit.*).

On pouvait également instituer un héritier pour le jour où Titius mourra. Dans cette hypothèse, si l'institué survivait à Titius, il prenait l'hérédité testamentaire, et il y avait rétroactivité jusqu'au jour du décès du testateur. Si, au contraire, l'institué prédécédait Titius, la succession du testateur était ouverte *ab intestat*. Mais on n'aurait pas pu valablement instituer quelqu'un héritier à partir d'un jour fixe, dire, par exemple : « Je veux que Titius soit mon héritier un an après ma mort. » La raison de cette différence se tire de ce que, dans ce dernier cas, dès que le testateur est mort, son hérédité a dû s'ouvrir *ab intestat* et n'a pu, par la suite, revenir à l'héritier testamentaire (nul ne pouvant être *testat* et *intestat* tout à la fois); tandis que, dans le premier cas, l'hérédité testamentaire a tenu en suspens l'hérédité *ab intestat* et l'a empêchée de s'ouvrir (L. 75, ff. *de condit. et demonstr.*).

On a vu, sous le § 127, que l'institution du fils *suus hæres* ne pouvait être subordonnée à une condition, à moins qu'elle ne fût potestative.

Il était permis de choisir un héritier parmi les esclaves ou parmi les personnes libres. Tel était le principe général. Mais il souffrait plusieurs exceptions. Ainsi les *peregrini* étaient incapables de recevoir par testament (Ulpien, *Fragm.* XXII, § 2).

— On ne pouvait instituer une personne incertaine (*eod.*, § 4), ni une veuve qui n'avait pas observé l'an de deuil (L. 1, C., *de secund. nupt.*), ni les femmes, quand on était porté sur les registres du cens comme ayant une fortune de plus de cent mille as (5,000 fr.).— *V. infrà*, § 274.— Il existait aussi des incapacités relatives entre un enfant incestueux et ses père et mère (L. 6, C., *de incest.*).

§ 186. Sed noster servus simul et liber et hæres esse juberi debet, id est hoc modo: STICHUS SERVUS MEUS LIBER HÆRESQUE ESTO, vel: HÆRES LIBERQUE ESTO.

§ 186. Mais nous devons donner la liberté en même temps que l'hérédité à notre esclave, de cette manière : QUE STICHUS MON ESCLAVE SOIT LIBRE ET HÉRITIER, OU : QU'IL SOIT HÉRITIER ET LIBRE.

§ 187. Nam si sine libertate hæres institutus sit, etiam si postea manumissus fuerit a domino, hæres esse non potest, quia institutio in persona ejus non constitit : ideoque licet alienatus sit, non potest jussu domini cernere hæreditatem.

§ 187. Car, s'il est institué héritier sans être déclaré libre, alors même que son maître l'aurait affranchi par la suite, il ne peut pas être héritier, parce que l'institution n'a pas pu s'arrêter sur sa personne ; c'est pourquoi, quoiqu'il ait été aliéné, il ne peut pas faire crétion par l'ordre de son maître.

On a vu plus haut que, sous Justinien, l'institution de l'esclave par son maître entraîne virtuellement sa libération.

§ 188. Cum libertate vero hæres institutus si *quidem in eadem causa manserit*, *fit* ex testamento liber *atque* necessarius hæres ; si vero ab ipso testatore manumissus fuerit, suo arbitrio hæreditatem adire potest; quod si alienatus sit, jussu novi domini *adire hæreditatem debet*, *et ea* ratione per eum dominus fit hæres : *nam ipse alienatus neque* hæres, neque liber esse potest.

§ 188. Si l'esclave déclaré libre et institué héritier est resté esclave, il devient, en vertu du testament, libre et héritier nécessaire; mais, s'il a été affranchi par le testateur même, il peut faire adition volontairement; si le testateur l'a aliéné, il recueillera la succession par l'ordre de son nouveau maître, qui devient héritier par son esclave, car l'esclave aliéné ne peut être ni héritier ni libre.

Ce paragraphe n'est point en contradiction avec le précédent : le premier suppose, en effet, qu'on a institué son esclave héritier sans lui donner en même temps la liberté ; et comme, au temps de Gaïus, l'institution n'avait pas pu s'arrêter sur un esclave pour lui-même, elle ne pouvait valoir par la suite, quoique l'esclave eût été affranchi ou aliéné ; le second, au contraire, suppose l'institution régulière, et porte, en conséquence, que l'esclave devenait libre et héritier nécessaire, s'il était resté la propriété du testateur ; qu'il devenait héritier externe, si, ayant été affranchi après le testament, il lui plaisait de faire adition ; et, en troisième lieu, qu'il faisait son nouveau maître héritier, s'il acceptait par son ordre. Dans ce dernier cas, le seul changement de volonté de son ancien maître avait bien pu lui faire perdre la liberté, mais non l'effet de l'institution ; car un testament ne tombe pas sur la simple présomption que le testateur a changé de volonté.

Si l'affranchissement de l'esclave était conditionnel, cet esclave ne pouvait devenir héritier tant que la condition était en suspens, quoiqu'il eût été institué purement et simplement, de telle sorte que, si la condition défaillait, il ne pouvait recueillir l'hérédité.

§ 189. Alienus quoque servus hæres institutus *si in* eadem causa duraverit, jussu domini hæreditatem adire debet; si vero alienatus fu*erit ab eo aut vivo* testatore, aut post mortem ejus, ante*quam adeat*, *debet jussu novi* domini cernere; si *manumissus est antequam adeat*, suo arbitrio adire hæreditatem potest.

§ 189. Si l'esclave d'autrui qu'on a institué héritier est resté au même maître, il doit faire adition par l'ordre de ce maître; mais, s'il a été aliéné par le maître, du vivant ou après la mort du testateur, avant d'avoir fait adition, il doit faire crétion par l'ordre de son nouveau maître; s'il a été affranchi avant l'adition, il peut faire adition à son gré.

Quand le testateur acquérait la propriété de l'esclave qu'il avait institué auparavant, l'institution s'évanouissait, car il ne pouvait l'acquérir pour un maître étranger, puisqu'il n'en avait plus, et il était incapable de la recueillir lui-même, parce qu'il n'avait pas été sous le pouvoir du testateur au moment de la confection du testament (L. 4, *pr.*, ff. *de hæred. instit.*).

§ 190. *Si* autem servus alienus hæres institutus est, vulgari cretione data, ita igitur dies cretionis ced*ent*, si ipse servus scierit se hæredem institutum esse, nec ullum impedimentum sit, quominus certiorem dominum faceret, ut illius jussu cernere possit.

§ 190. Mais, si l'esclave d'autrui est institué héritier sous condition de faire la crétion vulgaire, on compte les jours du délai accordé du moment où l'esclave a connu sa vocation, si rien ne l'a empêché de la faire connaître à son maître, pour que, par son ordre, il pût faire crétion.

Il résultait de cette règle que l'esclave qui cachait à son maître l'institution faite à son profit pouvait faire perdre à ce dernier le bénéfice d'un testament qu'il ignorait.

§ 191. Post hæc videamus de legatis, quæ pars juris extra propositam quidem materiam videtur, nam loquimur de his juris figuris, quibus per universitatem res nobis acquiruntur : sed quum omnimodo de testamentis, deque hæredibus, qui testamento instituuntur, locuti sumus, non sine causa sequenti loco poterat hæc juris materia tractari.

§ 191. Occupons-nous maintenant des legs, partie du droit qui semble être en dehors de la matière que nous traitons actuellement; car nous nous occupons des manières d'acquérir par universalité ; mais, après avoir parlé des testaments et des hérédités testamentaires, il n'est pas déplacé de s'occuper aussitôt de la matière des legs.

Les legs ne pouvant être faits que dans un testament, on comprend que Gaïus en parle avant d'avoir épuisé tout ce qu'il a à dire sur les moyens d'acquérir par universalité.

§ 192. Legatorum utique genera *sunt* quatuor : aut enim per vindicationem legamus, aut per damnationem, aut sinendi modo, aut per præceptionem.

§ 192. Il y a quatre genres de legs, car nous léguons par *vendication*, par *condamnation*, par *manière de permission* et par *préciput*.

Gaïus explique assez complétement l'importance des diverses espèces de legs pour que nous n'ayons pas besoin d'insister sur ce point. Nous ferons remarquer seulement que, dans le Bas-Empire, il n'existait plus de formules, et que, même aupa-

ravant, lorsqu'un legs ne produisait pas l'action réelle au profit du légataire, il pouvait valoir comme legs *per damnationem* et être demandé à l'héritier par une action personnelle (texte, 197, 218 et 222). — Justinien généralisa le droit à cet égard et voulut que le légataire eût l'action personnelle, quelle que fût la forme de la disposition : il accorda aussi l'action en revendication au légataire, quand le testateur lui avait légué sa chose. Enfin, il donna à tout légataire une hypothèque tacite sur les biens du défunt (*Instit., de legatis*, § 2 ; — C. 1, *communia de leg.*). Le même empereur assimila les legs aux fidéicommis, et réciproquement (*V.* § 246 et suiv.).

§ 193. Per vindicationem *legatum relinquitur hoc modo*, verbi gratia : HOMINEM STICHUM DO, LEGO ; sed *et* si *alterutrum* verbum positum sit, velut *HOMINEM STICHUM DO, per vin*dicationem legatum est : sive . . . . ita legatum fuerit : *SUMITO*. . . . . ita : CAPITO ; æque per vindicationem *legatum est*.

§ 194. *Ideo au*tem per vindicationem legatum ap*pellatur*, quia post aditam hæreditatem statim ex jure quiritium res legatarii fit : et si eam rem legatarius vel ab hærede, vel ab alio quocunque, qui eam possidet, petat, vindicare debet, id est, intendere *rem suam* ex jure quiritium esse.

§ 193. On lègue par vendication en ces termes, par exemple : JE LÈGUE, JE DONNE MON ESCLAVE STICHUS ; mais, si l'on n'a employé qu'un des deux verbes, par exemple : JE DONNE MON ESCLAVE STICHUS, le legs est par vendication ; comme aussi lorsqu'on a légué ainsi : CHOISIS, ou ainsi : PRENDS, le legs est également par vendication.

§ 194. On appelle ce legs par vendication parce qu'aussitôt après l'adition la chose léguée appartient au légataire, d'après le droit civil ; et si cette chose est possédée par l'héritier ou par tout autre auquel il la réclame, il doit la revendiquer, c'est-à-dire prétendre que cette chose est sienne, d'après le droit civil.

La revendication appartenait au légataire *per vindicationem*, que la chose fût possédée par l'héritier ou par un tiers ; c'est pourquoi on donnait à ce genre de legs le nom de legs *per vindicationem*.

§ 195. In eo vero dissentiunt prud*entes; nam Sabi-*

§ 195. Mais les prudents sont en dissentiment sur ce

nus quidem et Cassius cæterique nostri præceptores quod ita legatum sit, statim post aditam hæreditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse dimissum; et postea quam scierit et repudiaverit, tum perinde esse atque si legatum non esset. Nerva vero et Proculus, cæterique illius scholæ auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere. Sed hodie ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis jure uti videbimur, quod Proculo placuit; nam quum legatus fuisset Latinus per vindicationem coloniæ, deliberent inquit decuriones, an ad se velint pertinere, proinde ac si uni legatus esset.

point; car Sabinus et Cassius, et nos autres maîtres, pensent que ce qui a été légué par vendication appartient au légataire sitôt après l'adition, alors même qu'il ignorerait que le legs lui est laissé, et qu'après qu'il aura eu connaissance de ce legs et l'aura répudié, c'est comme si on ne lui avait rien légué. Nerva et Proculus, et leurs disciples, pensent, au contraire, que la chose n'appartient au légataire que lorsqu'il a manifesté son intention à cet égard. Mais de nos jours, en vertu d'une constitution du divin et pieux Antonin, nous suivons l'avis de Proculus; car, à propos d'un Latin légué à une colonie, cet empereur ordonna que les décurions délibérassent s'ils voulaient que cet esclave leur appartînt, de même que s'il avait été légué à un seul.

On fait remarquer, sur ce paragraphe, que c'est pour la première fois que Gaïus appelle Antonin *Divus et Pius*, ce qui semble indiquer que le premier commentaire de ses *Institutes* et la moitié du second ont été écrits sous le règne de ce prince, tandis que la fin a été composée sous le règne de Marc-Aurèle. Nous avons déjà fait cette observation dans le premier commentaire.

D'après les sabiniens, la propriété de la chose léguée *per vindicationem* appartenait au légataire au moment où l'héritier faisait adition, que le légataire eût connu ou non la disposition faite à son profit. Les proculéiens enseignaient, au contraire, que le légataire ne devenait propriétaire qu'autant qu'il avait fait connaître sa volonté à cet égard. C'est cette dernière opinion qui prévalut. Dans l'intervalle qui s'écoulait entre l'adition et l'acceptation du legs, la chose léguée était chose *nullius* (texte, § 200).

On peut se demander comment un *Latin* pouvait faire l'objet d'un legs, puisqu'il n'était pas un esclave. On doit répondre que l'esclave qui, par son affranchissement, n'était devenu que *Latin-Junien*, appartenait encore à son maître *ex jure quiritium*, ce qui suffisait pour qu'il pût encore être légué. Ajoutons toutefois que le préteur intervenait pour protéger sa personne.

§ 196. Tales autem solæ res per vindicationem legantur recte, quæ ex jure quiritium ipsius testatoris sunt; sed eas quidem, quæ pondere, numero mensurave constant, placuit sufficere, si mortis tempore sint ex jure quiritium testatoris, veluti vinum, oleum, frumentum, pecuniam numeratam; cæteras res vero placuit utroque tempore testatoris ex jure quiritium esse debere, id est, et quo faceret testamentum, et quo moreretur : alioquin inutile est legatum.

§ 196. Mais on ne peut léguer par vendication que les choses appartenant au testateur, selon le droit quiritaire: quant à celles qui consistent dans le poids, le nombre ou la mesure, il suffit qu'elles appartiennent, d'après le droit civil, au testateur au temps de sa mort : ainsi pour le vin, l'huile, le blé et l'argent compté; mais quant aux autres choses, le testateur doit les avoir dans son domaine quiritaire à l'époque de la confection de son testament et à celle de sa mort : autrement le legs est inutile.

Puisque l'effet du legs *per vindicationem* était de rendre propriétaire *ipso facto* le légataire, il en résultait qu'on ne pouvait ainsi léguer que ce dont on était propriétaire au moment du testament et à celui de la mort, sauf à l'égard des choses *quæ pondere*, *numero mensurâve constant*, qu'il suffisait d'avoir en propriété au jour de sa mort.

§ 197. Sed sane hoc ita est jure civili; postea vero auctore Nerone Cæsare senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut, si eam rem quisque legaverit, quæ ejus nunquam fuerit, perinde utile sit legatum, atque si optimo jure relictum esset : optimum autem jus est per damnatio-

§ 197. Il en est ainsi d'après le droit civil; mais, par la suite, sur la proposition de l'empereur Néron, on porta un sénatus-consulte qui décida que, si quelqu'un a légué une chose qui ne lui a jamais appartenu, le legs vaudra comme s'il avait été fait dans la forme la plus efficace;

nem legatum, quo genere etiam aliena res legari potest, sicut inferius apparebit.

et le droit le plus avantageux est dans le legs par condamnation, puisqu'on peut ainsi léguer la chose d'autrui, suivant ce qu'il apparaîtra plus bas.

Les principes rigoureux du droit civil avaient cependant fléchi, non pas en ce sens que le légataire de la chose d'autrui en devînt propriétaire par le fait du testament, le droit d'autrui ne pouvant dépendre de la volonté du testateur, mais en ce sens que le legs nul comme legs *per vindicationem* valait *optimo jure.*

§ 198. Sed si quis rem suam legaverit, deinde post testamentum factum eam alienaverit, plerique putant, non solum jure civili inutile esse legatum, sed nec ex senatusconsulto confirmari; quod ideo dictum est, quia; et si per damnationem aliquis rem suam legaverit eamque postea alienaverit, plerique putant, licet ipso jure debeatur legatum, tamen legatarium petentem per exceptionem doli mali repelli, quasi contra voluntatem defuncti petat.

§ 198. Mais, si quelqu'un a légué sa propre chose, qu'il a ensuite aliénée après la confection de son testament, la plupart pensent que le legs n'est pas seulement inutile d'après le droit civil, mais encore d'après le sénatusconsulte ; on l'a décidé ainsi parce que, alors même qu'on aurait légué par condamnation sa propre chose, qu'on aurait aliénée par la suite, la plupart pensent que, bien que le legs soit dû d'après la rigueur du droit civil, le légataire peut cependant être repoussé par l'exception de dol, comme agissant contrairement à la volonté du défunt.

Un testament ne peut valoir que d'après la volonté de son auteur. C'est pourquoi, lorsque le testateur aliénait la chose par lui léguée, il manifestait un changement de volonté qui ne permettait plus au légataire de réclamer la disposition d'abord écrite à son profit. — Toutefois, au temps de Justinien, on distingua entre le cas où le testateur aliénait à titre gratuit et celui où il aliénait à titre onéreux. Dans la première hypo-

thèse, l'aliénation impliquait l'intention de révoquer le legs; dans la seconde, le legs était maintenu, à moins qu'il ne résultât de quelque circonstance que la vente avait eu lieu dans une intention révocatoire (*Instit.*, *de leg.*, § 12).

§ 199. Illud constat, si duobus pluribusve per vindicationem eadem res legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim, si omnes veniant ad legatum, partes ad singulos pertinere, et deficientis portionem collegatario accrescere; conjunctim autem ita legatur: TITIO ET SEIO HOMINEM STICHUM DO, LEGO; disjunctim ita : LUCIO TITIO HOMINEM STICHUM DO, LEGO; SEIO EUNDEM HOMINEM DO, LEGO.

§ 199. Il est certain que, lorsqu'une chose a été léguée par vendication à deux ou à plusieurs, soit conjointement, soit disjointement, si tous concourent, chacun a sa portion du legs, et s'il en est qui ne concourent pas, leur part accroît à leurs colégataires. Or le legs conjoint se fait ainsi : JE DONNE, JE LÈGUE MON ESCLAVE STICHUS A TITIUS ET A SÉIUS; le legs disjoint se fait ainsi : JE DONNE, JE LÈGUE MON ESCLAVE STICHUS A LUCIUS TITIUS; JE DONNE ET LÈGUE LE MÊME ESCLAVE A SÉIUS.

Une même chose pouvait être léguée à plusieurs par le même testament. Dans ce cas, les colégataires étaient appelés *conjoints*, parce que le legs leur était fait conjointement. Des légataires pouvaient se trouver *conjoints* de trois manières, savoir : par la chose (*re*), par la chose et par les termes (*re et verbis*), enfin par les termes seulement (*verbis tantùm*) (L. 142, ff. *de verbor. significatione*). Étaient conjoints *re tantùm* ceux auxquels on avait légué la même chose par des dispositions distinctes et sans restriction de leurs droits sur une partie de la chose. C'est ce qui résulte de ce fragment de Celsus : « *Conjunctim hæredes institui, aut conjunctim legari, hoc est totam hæreditatem et tota legata singulis data esse* » (L. 80, ff. *de legatis*). Il y avait également conjonction *re tantùm* entre colégataires à qui il était légué la même partie de chose par des dispositions séparées (L. 142, ff. *de verb. signif.*). — Étaient conjoints *re et verbis* ceux qui étaient légataires de la même chose par une même disposition; ainsi : « Je lègue mon habitation à Titius et à Mévius, ou à

Titius avec Mévius » (L. 40, ff. *de usu et usuf.*, et L. 36, § 2, *de legat.*, 1°). — Alors même que le testateur n'avait pas employé les particules conjonctives *cum* et *et*, il y avait conjonction s'il avait appelé les deux légataires par la même disposition, en disant, par exemple : « Je veux que Titius, Mévius, soient légataires de mon habitation » (L. 142, précitée). — Étaient conjoints *verbis tantùm* les légataires qui étaient appelés chacun pour une portion déterminée, pourvu que ce fût dans une même disposition (L. 89, ff. *de legatis*, 3°).

Quand les colégataires étaient tous aptes à recueillir au moment de l'ouverture de leurs droits, ils les faisaient valoir de la manière suivante : s'ils étaient conjoints *re tantùm*, comme chacun avait un droit de propriété sur toute la chose, il pouvait la réclamer entière ; mais le concours de son colégataire l'empêchait de recevoir plus qu'une part (texte, *hìc*). — Lorsque les légataires étaient conjoints *re et verbis* ou *verbis tantùm*, chacun avait sa portion de la chose léguée.

Mais il arrivait souvent que l'un des légataires n'était pas apte à recevoir ou ne le voulait pas. Dans cette hypothèse, il y avait lieu de déterminer le sort de ce qu'il ne recueillait pas.

Si les légataires n'étaient conjoints que *re tantùm*, la part du défaillant restait acquise à son colégataire *jure non decrescendi*, le concours seul l'ayant pu soumettre à ne recueillir qu'une portion (L. 3, *pr.*, ff. *de usufr. accresc.*). S'ils étaient conjoints *re et verbis*, la portion du défaillant *accroissait* à celui qui réclamait le bénéfice du legs (Ulpien, *Règ.* XXIV, § 12). — Quand il n'y avait conjonction que *verbis tantùm*, la part du défaillant revenait à l'héritier (L. 84, § 12, ff. *de legatis*, 1°), à moins cependant que le testateur n'eût laissé apercevoir la volonté de faire accroître la part du défaillant à celui qui recueillait (L. 16, § 2, ff. *de legatis*, 1°). — *V.*, sur ce point, Pothier, *Pandectes*, sur le tit. I, liv. XXX, n° 423.

Ces règles n'étaient applicables, au surplus, qu'en matière de legs *per vindicationem* et *per præceptionem* (texte, §§ 199 et 223, et L. 7, C., *de legatis*). — Quant au legs *per damnationem*, lorsque les colégataires étaient aptes à recueillir le legs, chacun avait droit à toute la chose, si elle leur avait été léguée conjointement *re tantùm*; chacun n'avait droit qu'à une portion si elle leur avait été laissée *conjunctim re et verbis*, comme

quand ils n'étaient conjoints que *verbis tantùm* (texte, § 205). — Lorsqu'un des colégataires défaillait, il n'y avait jamais lieu à accroissement pour les autres, l'héritier profitant de l'incapacité ou du refus du légataire *(ib.)*. — La raison en était que le droit des colégataires n'était qu'un droit de créance, se divisant par nature, et la condamnation faisant les parts (*Fragmenta Vaticana*, §§ 85 et 87).

A l'égard du legs *sinendi modo*, si les colégataires conjoints se présentaient tous et qu'aucun ne fût incapable, chacun n'avait droit qu'à une portion lorsque la chose leur avait été léguée *conjunctim re et verbis* ou *verbis tantùm*. Mais c'était une question que de savoir ce qui devait avoir lieu alors que les légataires étaient conjoints *re tantùm*. Certains auteurs voulaient que la chose fût due en entier à chaque légataire, comme en cas de legs *per damnationem*, tandis que d'autres estimaient que l'héritier était libéré quand il avait laissé l'un des légataires prendre la chose, et que ce dernier en bénéficiait seul (texte, § 115). — Quand l'un des légataires faisait défaut, il ne pouvait y avoir lieu à accroissement pour son colégataire, pas plus que dans le legs *per damnationem* (texte, §§ 205 et 215 comb.).

Tel était le droit sur cette matière jusqu'à l'apparition des lois *Julia* et *Papia Poppæa*, dites lois *caducaires*, dont la première est de l'année 757 de Rome, et la seconde, qui refondit la loi *Julia*, est de l'an 762.

Ces lois avaient en vue de favoriser le mariage et la procréation des enfants ; une de leurs principales dispositions était de déclarer les *célibataires* incapables de recevoir par testament, si ce n'était d'un proche parent (un descendant ou un ascendant jusqu'au 3e degré), et les *mariés sans enfants* inaptes à recueillir plus de la moitié des legs faits en leur faveur. Une autre disposition de la loi Papia avait pour objet de reculer jusqu'au jour de l'ouverture du testament la fixation du droit des légataires. Les Latins-Juniens étaient également incapables de profiter d'une libéralité testamentaire. Mais, si les célibataires se mariaient dans les cent jours de l'ouverture de la succession, si les Latins-Juniens devenaient citoyens romains dans le même délai, leur incapacité cessait (Ulpien, *Fragm.* XVII, § 1).

La loi *Papia Poppæa* déférait les dispositions qu'elle faisait tomber, et qui furent appelées *caduca*, d'abord aux légataires *conjoints* ayant des enfants; à leur défaut, aux *héritiers* ayant des enfants; au défaut d'héritiers ayant des enfants, aux *légataires non conjoints* qui seraient pères; enfin au *fisc*, lorsque ni héritier ni légataires n'avaient d'enfants (texte, §§ 206, 207 et 208; — L. 89, ff. *de legatis*, 3°, et texte, § 286). — Il est à remarquer, au surplus, que cette loi appelait de préférence à tous autres, pour les parts défaillantes, non-seulement les conjoints *re et verbis*, mais même les conjoints *verbis tantùm*, c'est-à-dire ceux-là que notre texte appelle toujours *disjuncti*. Il y a plus : elle ne distinguait pas entre le legs *per damnationem* et celui *per vindicationem* (L. 89, ff. *de legatis*, 3°, et L. 142, *de verbor. signific.*; — *Fragm. Vaticana*, § 85). Quant aux conjoints *re tantùm*, les termes de la loi 89 précitée, paraissent les exclure formellement.

La loi *Papia Poppæa* assimila aux dispositions caduques certaines libéralités qui, quoique valables dans l'origine, devaient tomber, parce que l'appelé ne pouvait recueillir suivant le droit civil, soit parce qu'il était mort avant le testateur, soit parce qu'il répudiait le legs (L. 1, §§ 2, 4 et 9, C., *de caducis tollendis*).

Les lois caducaires ne s'appliquaient point aux legs d'usufruit, et les ascendants et descendants du testateur jusqu'au troisième degré purent toujours invoquer les anciennes règles sur l'accroissement. «*Habeant jus antiquum in caducis*,» dit Ulpien, *Règ.* XVIII.

Suivant une constitution de Caracalla, le fisc fut mis à la place de tout le monde pour les choses caduques (Ulpien, *Règ.* XVII, § 2), et quelques auteurs en ont conclu que le fisc passait même avant les conjoints ayant des enfants. Mais il me semble que c'est mal interpréter cette constitution, car Ulpien réserve implicitement la préférence aux légataires ayant des enfants, à une époque où la constitution de Caracalla était en vigueur (*Règ.* XXV, § 17). Il faut entendre cette constitution en ce sens qu'elle a substitué le *fisc*, le trésor du prince, au *peuple* ou au trésor public, pour les legs comme pour les fidéicommis caducs.

Celui qui était appelé à bénéficier d'une disposition caduque

était libre de l'accepter ou de la répudier ; mais, s'il la recueillait, c'était nécessairement avec les charges qui y étaient attachées (*Règ.* d'Ulpien, XVII, § 3). — Il ne pouvait former sa demande que postérieurement au délai de cent jours accordés aux incapables, suivant ce qui a été dit. En cas de mort sans réclamation, ses héritiers étaient non recevables à demander le bénéfice de la loi Papia.

Justinien supprima entièrement les lois caducaires, qui, au surplus, étaient tombées en désuétude (Const. unique au C., *de caducis tollendis*). Il statua, à l'égard du droit d'accroissement : 1° que, dans le cas de plusieurs légataires auxquels une même chose avait été léguée soit *conjunctìm re et verbis*, soit *re tantùm*, sans plus distinguer entre le legs *per vindicationem* et celui *per damnationem*, si l'un ne pouvait ou ne voulait pas recueillir, sa part accroîtrait à son colégataire conjoint soit *re et verbis*, soit *re tantùm*, en donnant toutefois la préférence au conjoint *re et verbis (ib.)*. Il ordonna, en outre, dans la même constitution, que l'accroissement entre colégataires conjoints *re et verbis* n'aurait pas lieu forcément, mais par la volonté du conjoint, auquel cas il était tenu des charges imposées au défaillant ; et que l'accroissement entre conjoints *re tantùm* serait forcé, mais n'entraînerait pas les charges imposées au défaillant. Quant aux conjoints *verbis tantùm*, la constitution qui nous occupe n'en parle pas ; d'où nous concluons, avec MM. du Caurroy, Ortolan et Étienne, que l'accroissement ne fut pas admis par Justinien dans ce cas.

Si tous les légataires conjoints acceptaient le legs, qu'il fût *per vindicationem* ou *per damnationem*, il se divisait entre eux, et l'héritier n'était pas tenu de le fournir en entier à chacun, à moins qu'une disposition spéciale du testament ne portât le contraire (Justin., *Instit.*, *de legatis*, § 8).

L'accroissement dut profiter à l'héritier du légataire conjoint, lorsque ce dernier n'était mort qu'après le *dies cedit* (L. 26, § 1, ff. *de condit. et demonstr.*).

§ 200. Illud quæritur, quod sub conditione per vindicationem legatum est, pendente conditione, cujus esset; nostri præceptores hæredis esse pu-

§ 200. On demande à qui appartient, pendant que la condition est en suspens, ce qui a été légué conditionnellement par vendication : nos

tant, exemplo statuliberi, id est, ejus servi, qui testamento sub aliqua conditione liber esse jussus est : quem constat interea hæredis servum esse; sed diversæ scholæ auctores putant, nullius interim eam rem esse : quod multo magis dicunt de eo, quod sine conditione pure legatum est, antequam legatarius admittat legatum.

maîtres pensent que cela appartient à l'héritier, à l'exemple du *statuliber*, c'est-à-dire de l'esclave auquel on a, par testament, donné la liberté sous une condition : il est constant que cet esclave est à l'héritier pendant que la condition est en suspens; mais les proculéiens pensent que cette chose est chose *nullius* pendant que la condition est en suspens; à plus forte raison décident-ils ainsi touchant un legs pur et simple avant que le légataire l'ait réclamé.

L'opinion des proculéiens est celle qui prévalut (*V.* § 195).

§ 201. Per damnationem hoc modo legamus : HÆRES MEUS STICHUM SERVUM MEUM DARE DAMNAS ESTO; sed et si DATO scriptum sit, per damnationem legatum est.

§ 201. Le legs par condamnation se fait ainsi : QUE MON HÉRITIER SOIT CONDAMNÉ A DONNER STICHUS MON ESCLAVE; mais si l'on écrivait : QU'IL DONNE, le legs serait encore par condamnation.

§ 202. Quo genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut hæres redimere et præstare, aut æstimationem ejus dare debeat.

§ 202. On peut léguer par condamnation même la chose d'autrui, de manière à ce que l'héritier soit obligé de l'acheter et de la donner, ou d'en payer la valeur.

§ 203. Ea quoque res, quæ in rerum natura non est, si modo futura est, per damnationem legari potest, velut fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.

§ 203. On peut léguer aussi par condamnation une chose qui n'est pas dans la nature, mais qui doit exister dans l'avenir, comme des fruits qui doivent naître sur tel fonds, ou le part qui doit naître de telle esclave.

Notre auteur fait complétement ressortir la différence qui existait entre le legs *per damnationem* et celui *per vindicationem*, et les conséquences qui en découlaient.

§ 204. Quod autem ita legatum est, post aditam hæreditatem, etiamsi pure legatum est, non ut per vindicationem legatum continuo legatario acquiritur, sed nihilominus hæredis est; ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere hæredem sibi dare oportere : et tum hæres *rem*, si mancipi sit, mancipio dare, aut in jure cedere, possessionemque tradere debet; si nec mancipi sit, sufficit si tradiderit; nam si mancipi rem tantum tradiderit, nec mancipaverit, usucapione *demum* pleno jure fit legatarii : *finiri* autem usucapio*nem jam supra* diximus mobilium quidem rerum anno, earum vero, quæ solo teneantur biennio.

§ 204. Ce qui a été légué ainsi, même purement et simplement, n'est pas, comme un legs par vendication, acquis au légataire à l'instant de l'adition d'hérédité, mais continue d'appartenir à l'héritier malgré l'adition. Pour l'acquérir, le légataire doit agir par action personnelle, c'est-à-dire prétendre que l'héritier doit lui donner, et l'héritier doit alors lui manciper la chose, si elle est chose *mancipi*, ou la lui céder devant le magistrat, et lui en faire avoir la possession. Si la chose est *nec mancipi*, il suffit de la livrer; mais, si l'héritier avait seulement livré une chose *mancipi*, sans la manciper, cette chose ne devient chose de l'héritier, d'après le droit civil, que par l'usucapion. Nous avons déjà dit plus haut que l'usucapion des choses mobilières s'accomplit par une année de possession, et celle des immeubles par deux années.

On sait qu'au temps de Justinien, on ne distinguait plus entre les deux espèces de legs dont nous nous sommes occupés, au moins quant à la chose pouvant faire l'objet du legs (*suprà*, sous le § 192). — On a vu aussi (§ 22) que la distinction entre les choses *mancipi* et celles *nec mancipi* avait disparu; d'où la conséquence que la tradition produisait toujours le même effet à partir de cette époque.

§ 205. Est et. . . . . . *si eadem res* duobus pluribusve per damnationem legata sit, si quidem conjunctim, plane singulis partes debentur. . . . . *si vero* disjunc-

§ 205. Entre ces deux genres de legs il y a encore cette différence que, si la même chose a été léguée à deux ou à plusieurs par condamnation, mais conjointement, cette

tim singulis solida res debebitur ut scilicet hæres alteri rem, alteri æstimationem ejus præstare debeat; et in conjunctis deficientis portio non ad collegatarium pertinet, sed in hæreditate remanet.

chose est due à chacun par portion; mais si, au contraire, elle a été léguée disjointement, elle est due en entier à chacun, c'est-à-dire que l'héritier devra la donner à l'un, et donner à l'autre sa valeur; dans le legs fait conjointement, la part vacante n'est pas attribuée au colégataire, mais à l'héritier.

Dans le legs *per vindicationem*, au contraire, la part vacante était toujours attribuée au colégataire conjoint ou disjoint, puisque le concours seul faisait les parts, et si on pouvait concevoir la chose en abstraction, elle appartenait à tous entièrement, comme elle n'était due qu'une fois pour tous. — *V.* sous le § 199.

§ 206. Quod autem diximus, deficientis portionem *in* per damnationem quidem legato in hæreditate retineri, in per vindicationem vero collegatario accrescere, admonendi sumus, ante legem Papiam jure civili ita fuisse: post legem vero Papiam deficientis portio caduca fit, et ad eos pertinet, qui in eo testamento liberos habent.

§ 206. Mais ce que nous avons dit, que dans le legs par condamnation la part vacante d'un légataire est retenue par l'héritier, et que, dans le legs par vendication, elle accroît, au contraire, au colégataire, était ainsi établi d'après le droit civil avant la loi Papia (an de Rome 762); depuis cette loi, la part d'un légataire défaillant devient caduque, et est attribuée à ceux qui, inscrits dans le testament, ont des enfants.

§ 207. Et quamvis prima causa sit in caducis vindicandis hæredum, liberos habentium, deinde si hæredes liberos non habeant, legatariorum liberos habentium: tamen ipsa lege Papia significatur, ut collegatarius conjunctus, si liberos habeat, potior sit hæredibus, etiamsi liberos habebunt.

§ 207. Quoiqu'on appelle d'abord les héritiers ayant des enfants à vendiquer les caduques, cependant la loi Papia veut que le colégataire conjoint qui aura des enfants soit préféré aux héritiers, alors même qu'ils auraient des enfants.

§ 208. Sed plerisque placuit, quantum ad hoc jus, quod lege Papia conjunctis constituitur, nihil interesse, utrum per vindicationem, an per damnationem legatum sit.

§ 208. Mais on décide généralement, quant au droit que la loi Papia a établi pour les conjoints, qu'elle ne distingue pas entre les legs par vendication et ceux par condamnation.

V. nos explications sous le § 199, pour le commentaire des §§ 206 à 208.

§ 209. Sinĕndi modo ita legamus : HÆRES MEUS DAMNAS ESTO SINERE LUCIUM TITIUM HOMINEM STICHUM SUMERE SIBIQUE HABERE.

§ 209. Le legs par permission se fait ainsi : QUE MON HÉRITIER SOIT CONDAMNÉ A PERMETTRE A LUCIUS TITIUS DE PRENDRE L'ESCLAVE STICHUS ET DE LE GARDER.

§ 210. Quod genus legati plus quidem habet, *quam* per vindicationem legatum; minus autem, quam per damnationem; nam eo modo non solum suam rem testator utiliter legare potest, sed etiam hæredis sui : quum alioquin per vindicationem nisi suam rem legare non potest; per damnationem autem cujuslibet extranei rem legare potest.

§ 210. Ce genre de legs est plus étendu que le legs par vendication, mais moins que celui par condamnation; car on peut ainsi léguer utilement non-seulement sa propre chose, mais encore celle de son héritier; tandis que, au contraire, par vendication, on ne peut léguer que sa propre chose, et par condamnation on peut léguer la chose de toute personne.

§ 211. Sed si quidem mortis testatoris tempore rerum ipsius testatoris sit, vel hæredis, plane utile legatum est, etiamsi testamenti faciundi tempore neutrius fuerit.

§ 211. Pourvu que la chose appartienne au testateur ou à l'héritier au moment de la mort du testateur, le legs est utile, alors même qu'au moment de la confection du testament, cette chose n'aurait appartenu ni à l'un ni à l'autre.

§ 212. Quod si post mortem testatoris ea res hæredis esse cœperit, quæritur an utile sit legatum; et plerique putant inutile esse; quid ergo est?

§ 212. Si cette chose n'a appartenu à l'héritier qu'après la mort du testateur, on demande si le legs est utile. La plupart des auteurs pen-

licet aliquis eam rem legaverit, quæ neque ejus unquam fuerit, neque postea hæredis ejus unquam esse cœperit, ex senatusconsulto Neroniano proinde videtur, ac si per damnationem relicta esset.

sent qu'il est inutile. Qu'est-ce donc? (qu'importe?) puisque, quoiqu'on ait légué une chose qui ne nous a jamais appartenu et n'a jamais appartenu à notre héritier, le sénatus-consulte Néronien veut que ce legs vaille toujours comme s'il avait été fait par condamnation.

« Qu'est-ce à dire? à propos de quoi cette chicane? puisque, etc. » Le sénatus-consulte Néronien fut porté vers l'an 807 de Rome, au plus tard en l'an 821.

§ 213. Sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hæreditatem legatarii efficitur, sed manet hæredis eousque, donec is hæres tradendo, vel mancipando, vel in jure cedendo legatarii eam fecerit: ita et in sinendi modo legato juris est; et ideo hujus quoque legati nomine in personam actio est, QUIDQUID HÆREDEM, EX TESTAMENTO DARE, FACERE OPORTET.

§ 213. De même que, dans le legs par condamnation, la chose léguée n'appartient pas au légataire sitôt après l'adition, mais continue d'appartenir à l'héritier jusqu'à ce qu'il l'ait transférée au légataire par la tradition, la mancipation ou la cession devant le magistrat, il en est ainsi dans le legs *sinendi modo;* aussi donne-t-on, dans ce cas, une action personnelle par laquelle on demande TOUT CE QUE L'HÉRITIER DOIT DONNER OU FAIRE D'APRÈS LE TESTAMENT.

§ 214. Sunt tamen qui putant, ex hoc legato non videri obligatum hæredem, ut mancipet, aut in jure cedat, aut tradat, sed sufficere, ut legatarium rem sumere patiatur, quia nihil ultra ei testator imperavit, quam ut sinat, id est, patiatur legatarium rem sibi habere.

§ 214. Il y a cependant des auteurs qui pensent que l'héritier n'est pas obligé, par un tel legs, à manciper ou à céder devant le magistrat, ou à livrer, mais qu'il suffit qu'il laisse le légataire prendre la chose, parce que le testateur ne lui a ordonné que de permettre, c'est-à-dire de souffrir que le légataire ait la chose.

§ 215. Major illa dissentio in hoc legato intervenit, si

§ 215. Il y a, relativement à ce genre de legs, une plus

eamdem rem duobus pluribusve disjunctim legasti; quidam putant utrisque solidum deberi, sicut per damnationem: nonnulli occupantis esse meliorem conditionem æstimant, quia cum in eo genere legati damnetur hæres patientiam præstare, ut legatarius rem habeat, sequitur, ut, si priori patientiam præstiterit, et is rem sumpserit, securus sit adversus eum, qui postea legatum petierit, quia neque habet rem ut patiatur eam ab eo sumi, neque dolo malo fecit, quominus eam rem haberet.

grande divergence d'opinions, si vous avez légué la même chose disjointement à deux ou à plusieurs personnes; quelques auteurs pensent que la chose est due en entier à chacun, comme dans le legs par condamnation; d'autres estiment comme meilleure la position du colégataire qui est en possession, parce que, dans ce genre de legs, l'héritier n'étant tenu que de laisser faire pour que le légataire ait la chose, il s'ensuit qu'après avoir laissé faire le premier légataire qui a pris la chose, l'héritier est à couvert de celui qui demande son legs, après que le premier légataire a agi, parce qu'il n'a plus la chose à laisser prendre et n'a commis aucun dol qui la lui ait fait perdre.

V. nos explications sous le § 199.

§ 216. Per præceptionem hoc modo legata damus : Lucius Titius, hominem Stichum precipito.

§ 216. Le legs par préciput est celui-ci : Lucius Titius, prends, avant partage, mon esclave Stichus.

§ 217. Sed nostri quidem præceptores nulli alii eo modo legari posse putant, nisi ei, qui aliqua ex parte hæres scriptus esset : præcipere enim esse, præcipuum sumere; quod tantum in ejus persona procedit, qui aliqua ex parte hæres institutus est, quod is extra portionem hæreditatis præcipiat legatum, *quod* habiturus sit.

§ 217. Mais nos maîtres pensent qu'on ne peut léguer ainsi qu'à celui qui est héritier pour portion; car *præcipere* veut dire prendre avant partage, ce que peut faire seul un héritier institué pour partie, parce qu'il prélève le legs qu'il doit avoir en dehors de sa part héréditaire.

§ 218. Ideoque, si extraneo legatum fuerit, inutile est

§ 218. Si donc on a légué ainsi à tout autre qu'un cohé-

legatum, adeo ut Sabinus existimaverit, ne quidem ex *senatusconsulto* Neroniano posse convalescere : nam, eo inquit, senatusconsulto ea tantum confirmantur, quæ verborum vitio jure civili non valent, non quæ propter ipsam personam legatarii non deberentur : sed Juliano et Sexto placuit, etiam hoc casu ex senatusconsulto confirmari legatum ; nam ex verbis etiam hoc casu accidere, ut jure civili inutile sit legatum, inde manifestum esse quod eidem aliis verbis recte legatur, velut per vindicationem et per damnationem, sinendi modo : tunc autem vitio personæ legatum non valere, quum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit, velut peregrino, cum quo testamenti factio non sit : quo plane casu senatusconsulto locus non est.

ritier, le legs est nul, tellement que Sabinus a pensé qu'il ne pouvait pas même valoir en vertu du sénatusconsulte Néronien ; car, dit-il, le sénatus-consulte ne fait valoir que ce qui est condamné par le droit civil comme vicieux dans la forme, et non ce qui est nul à cause de la personne même du légataire. Mais Julien et Sextus veulent que, même dans ce cas, le legs soit valable d'après le sénatus-consulte ; car, dans ce cas même, c'est à cause des expressions employées par le testateur que le droit civil déclare le legs inutile. Cela ressort évidemment de ce qu'on lègue valablement à la même personne, avec des paroles différentes, soit par vendication, soit par condamnation, soit par mode de permission. Un legs est nul à cause de la personne lorsqu'on a légué à celui auquel on ne peut léguer par aucun des quatre genres de legs, par exemple à un étranger avec lequel le testateur n'avait pas faction de testament ; le sénatus-consulte n'est pas applicable dans ce dernier cas.

Gaïus veut sans doute désigner Sextus Pomponius, qui a annoté l'édit du jurisconsulte Julien, « *edictum perpetuum.* » — Au temps de Justinien, le legs était certainement valable. (*V.* sous le § 192).

§ 219. Item nostri præceptores quod ita legatum est nulla ratione putant posse consequi eum, cui ita fuerit legatum, quam judicio fami-

§ 219. De même, nos maîtres pensent qu'un legs de ce genre ne peut être poursuivi par celui auquel il a été laissé que par l'action *familiæ ercis-*

liæ erciscundæ, quod inter hæredes de hæreditate erciscunda, id est dividunda accipi solet : officio enim judicis id contineri, ut et quod per præceptionem legatum est, adjudicetur.

cundæ, qui s'emploie entre cohéritiers pour le partage de l'hérédité qui leur est dévolue; car l'office du juge est de faire l'adjudication de ce qui a été légué par préciput.

§ 220. Unde intelligimus nihil aliud, secundum nostrorum præceptorum opinionem per præceptionem legari posse, nisi quod testatoris sit ; nulla enim alia res, quam hæreditaria, deducitur in hoc judicium ; itaque, si non suam rem eo modo testator legaverit, jure quidem civili inutile erit legatum, sed ex senatusconsulto confirmabitur. Aliquo tamen casu etiam alienam rem *per* præceptionem legari posse fatentur, veluti si quis eam rem legaverit, quam creditori fiduciæ causa mancipio dederit; nam officio judicis cohæredes cogi posse existimant, soluta pecunia solvere eam rem, ut possit præcipere is cui ita legatum sit.

§ 220. Aussi pensons-nous, d'après l'avis de nos maîtres, qu'on ne peut léguer par préciput que ce dont on est propriétaire ; car, dans cette action, on ne peut s'occuper que des choses héréditaires; c'est pourquoi, lorsqu'un testateur a légué ainsi la chose d'autrui, le legs sera inutile d'après le droit civil, mais vaudra en vertu du sénatusconsulte. Dans un cas, cependant, on peut léguer par préciput la chose d'autrui, par exemple si quelqu'un lègue une chose qu'il a mancipée à son créancier sous la clause de fiducie; car on pense que les cohéritiers pourront être forcés par le juge de dégager cette chose en payant la dette du testateur, pour que le légataire puisse prélever la chose avant partage.

§ 221. Sed diversæ scholæ auctores putant etiam extraneo per præceptionem legari posse, proinde ac si ita scribatur : TITIUS, HOMINEM STICHUM CAPITO ; supervacuo adjecta PRÆ syllaba : ideoque per *vindicationem eam rem* legatam videri; quæ sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse.

§ 221. Mais les proculéiens pensent qu'on peut léguer par préciput même à un étranger, et que c'est comme si on écrivait : TITIUS, PRENDS MON ESCLAVE STICHUS, la syllabe *præ* étant ajoutée sans utilité; et à raison de cela cette chose paraît léguée par vendication. Cet avis paraît avoir été confirmé par une constitution d'Adrien.

Par une constitution particulière et privée, sans doute, puisqu'on ne la retrouve pas au Code, peut-être aussi Gaïus veut-il dire que cette décision se tire, par induction, d'une constitution d'Adrien.

§ 222. Secundum hanc igitur opinionem, si ea res jure quiritium defuncti fuerit, possit a legatario vindicari, sive is unus ex hæredibus sit, sive extraneus; sed si in bonis tantum testatoris fuerit, extraneo quidem ex senatusconsulto utile erit legatum, hæredi vero familiæ erciscundæ judicis officio præstabitur; quod si nullo jure fuerit testatoris, tam hæredi quam extraneo, ex senatusconsulto utile erit.

§ 222. D'après cette opinion, si la chose léguée appartenait au défunt selon le droit quiritaire, elle sera vendiquée par le légataire, qu'il soit cohéritier ou non; mais si la chose était simplement dans les biens du testateur, le legs vaudra pour l'étranger, en vertu du sénatus-consulte, et sera réclamé par l'héritier au moyen de l'action *familiæ erciscundæ;* si elle n'était ni dans le domaine quiritaire ni dans les biens du testateur, le legs vaudra pour l'étranger comme pour le cohéritier, en vertu du sénatus-consulte.

§ 223. Sive tamen hæredibus, secundum nostrorum opinionem, sive etiam extraneis, secundum illorum opinionem, duobus pluribusve eadem res conjunctim aut disjunctim legata fuerit, singuli partes habere debent.

§ 223. Si la chose a été léguée conjointement ou disjointement à deux ou à plusieurs cohéritiers, d'après l'opinion de nos maîtres, et même à deux ou plusieurs personnes non héritières, d'après l'opinion des proculéiens, chacun doit avoir sa part de cette chose.

V. nos explications sous le § 199.

Ad legem Falcidiam.

De la loi Falcidie (an de Rome 714).

§ 224. Sed olim quidem licebat patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quidquam hæredi relinquere præterquam inane nomen hæredis; idque lex XII Tabularum permittere vide-

§ 224. Il est vrai qu'autrefois un testateur pouvait disposer de tout son patrimoine en legs et en affranchissements, et ne laisser à son héritier que le vain nom d'héritier; la loi des Douze Tables

batur; qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: UTI LEGASSIT SUÆ REI, ITA JUS ESTO; quare qui scripti hæredes erant, ab hæreditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur.

semblait autoriser ce résultat, puisqu'elle dit que, quelles que soient les dispositions d'un testateur quant à sa chose, on doit les approuver : COMME IL AURA LÉGUÉ TOUCHANT SA CHOSE, QUE CE SOIT LE DROIT, dit cette loi; aussi arrivait-il que les héritiers institués s'abstenaient de l'hérédité, et que la plupart des testateurs mouraient intestats.

Autrefois, le testateur pouvait disposer de tout au profit des légataires, en ne laissant à l'institué qu'un vain titre. Diverses lois, dont notre auteur s'occupe spécialement sous les paragraphes qui suivent, vinrent modifier cet état de choses.

§ 225. Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, cæteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est; sed et hæc lex non perfecit, quod voluit; qui enim, verbi gratia, quinque millium æris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis millenos asses legando totum patrimonium erogare.

§ 225. C'est pourquoi on porta la loi Furia qui défendit à tous, quelques personnes exceptées, de recevoir par legs ou donations, à cause de mort, plus de mille as; mais cette loi n'atteignit pas son but; en effet, celui qui avait cinq mille as de patrimoine pouvait disposer de tout ce patrimoine par des legs, en le laissant à cinq personnes, chacune pour mille as.

Il ne faut pas confondre cette loi Furia, portée l'an de Rome 571, avec la loi Furia Caninia portée deux siècles plus tard, et rappelée au § 228. — Mille as valaient cinquante francs.

§ 226. Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam hæredes caperent : ex qua lege plane quidem aliquid utique hæredes habere videbantur; sed tamen fere

§ 226. C'est pourquoi, par la suite, on porta la loi Voconia (an de Rome 585), qui voulut qu'on ne pût prendre, à titre de legs ou de donation à cause de mort, plus que ne prenaient les héritiers; il est vrai qu'en vertu de cette loi

vitium simile nascebatur; nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio poterat adeo hæredi minimum relinquere *testator*, ut non expediret hæredi hujus lucri gratia totius hæreditatis onera sustinere.

il était sûrement réservé quelque chose à chaque héritier; mais cependant un vice presque semblable se présentait, car, en distribuant son patrimoine à un grand nombre de légataires, le testateur pouvait ne laisser presque rien à son héritier, de telle sorte que l'héritier ne voulait pas, pour un si petit bénéfice, supporter toutes les charges de l'hérédité.

§ 227. Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est ne plus legare liceat, quam dodrantem; itaque necesse est ut hæres quartam partem hæreditatis habeat, et hoc nunc jure utimur.

§ 227. On porta enfin la loi Falcidie, qui décida qu'un testateur ne pouvait léguer plus des trois quarts de son hérédité; aussi est-il nécessaire qu'il soit laissé un quart au moins à l'héritier, et tel est le droit que nous appliquons aujourd'hui.

La loi Falcidie fut étendue aux hérédités fidéicommissaires et aux fidéicommis à titre particulier mis à la charge de l'héritier (texte, 254 et 256). — Elle fut également déclarée applicable aux fidéicommis mis à la charge de l'héritier *ab intestat*, aux donations à cause de mort et à celles qui avaient lieu entre époux (L. 18, ff. *ad legem Falcidiam;* — L. 32, § 1, ff. *de donat. inter virum et uxorem;* — L. 27, ff. *de mortis causâ donat.;* — L. 5, C., *ad legem Falcidiam*).

La loi Falcidie s'appliquait à chaque héritier séparément, de telle sorte que, lorsque l'un des héritiers n'avait pas le quart réservé par le testateur, il pouvait le retenir sur les legs à sa charge, alors même que son cohéritier avait par le testament le quart de toute l'hérédité (*Instit.*, *de lege Falcidiâ*, § 1). — Toutefois, en cas d'accroissement au profit d'un héritier par suite de l'incapacité ou du refus de l'autre, il y avait lieu de distinguer. Quand la part grevée accroissait à l'autre, cette dernière restait intacte, à moins qu'elle n'eût été grevée elle-même, et la quarte se prenait sur la part qui accroissait. Lorsque, au contraire, la part non grevée accroissait à celle qui

l'était, la quarte se prenait sur le total (L. 78, ff. *ad legem Falcid.*).

C'est sur le total de la succession au moment du décès qu'on calculait la falcidie, parce que c'est à cette époque que la disposition est censée faite (Justin., *Instit., de lege Falcidiâ*, § 2).— Les fruits échus ou perçus depuis le décès du testateur jusqu'à l'adition profitaient à l'héritier (LL. 30 et 73, ff. *ad leg. Falc.*). Quant à ceux qui étaient échus ou perçus depuis l'adition, ils entraient dans le calcul de la falcidie, lorsque les legs étaient à terme ou conditionnels, et que leur échéance était postérieure à l'adition (LL. 66, *pr.;* 73, § 4, et 88, § 3, ff. *eod.*).— Quand les legs étaient purs et simples, les fruits postérieurs à l'adition profitaient aux légataires et ne modifiaient point le calcul de la falcidie (*V.* ce que nous disons plus loin, § 244, sur l'époque où s'ouvrait le droit des légataires [*dies cedit*] et celle où se produisait l'*échéance* des legs [*dies venit*]).

Pour apprécier la valeur du patrimoine, on déduisait les dettes, les frais funéraires et la valeur des esclaves affranchis. Si donc le patrimoine était de 400, après les déductions ci-dessus, et que le testateur eût légué 400, les legs étaient réduits d'un quart; s'il avait légué 350, chaque legs était réduit d'un huitième (*Instit., de lege Falcidiâ*, § 3).

La loi Falcidie n'était pas applicable à l'égard des testaments militaires (L. 17, ff. *ad leg. Falcid.*).– La Novelle 1, au Code, C. 2, § 2, autorisait le testateur à en interdire l'application.

§ 228. In libertatibus quoque dandis nimiam licentiam compescuit lex Furia Caninia, sicut in primo commentario retulimus.

§ 228. La loi Furia Caninia, ainsi que nous l'avons dit au premier commentaire, réprime aussi la trop grande licence dans les affranchissements.

V. C. 1, §§ 42 à 46.

De inutiliter relictis legatis.

§ 229. Ante hæredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione hæredis accipiunt, et ob id velut caput et

Des legs inutiles.

§ 229. Un legs fait avant l'institution d'héritier est inutile, sans doute, parce qu'un testament reçoit sa force de l'institution d'héritier, et qu'à

fundamentum intelligitur totius testamenti hæredis institutio.

cause de cela, l'institution est comme la tête et le fondement de tout le testament.

Sous Justinien, on ne se préoccupe plus de l'ordre de l'écriture (*Instit.*, *de legatis*, § 34), et l'on maintient les dispositions faites, quelle que soit leur place dans le testament, si d'ailleurs elles ne sont pas viciées.

§ 230. Pari ratione, nec libertas ante hæredis institutionem dari potest.

§ 230. Par une raison pareille, on ne peut donner la liberté avant l'institution d'héritier.

Une telle rigueur ne fut plus maintenue (*Instit.*, *eod.*).

§ 231. Nostri præceptores nec tutorem eo loco dari posse existimant; sed Labeo et Proculus existimant tutorem posse dari, quod nihil ex hæreditate erogatur tutoris datione.

§ 231. Nos maîtres pensent même qu'on ne peut nommer un tuteur avant d'avoir fait l'institution; mais Labéon et Proculus pensent qu'on peut nommer un tuteur, parce que la dation du tuteur n'enlève rien à l'hérédité.

C'est cette dernière opinion qui prévalut (L. 24, C., *de testam.*).

§ 232. Post mortem quoque hæredis inutiliter legatur; id est hoc modo : QUUM HÆRES MEUS MORTUUS ERIT, DO, LEGO; aut : DATO. Ita autem recte legatur : QUUM HÆRES MORIATUR, quia non post mortem hæredis relinquitur, sed ultimo vitæ ejus tempore. Rursum ita non potest legari : PRIDIE QUAM HÆRES MEUS MORIETUR quod non pretiosa ratione receptum videtur.

§ 232. Un legs est encore inutile quand il est fait pour un temps postérieur à la mort de l'héritier, comme celui-ci : LORSQUE MON HÉRITIER SERA MORT, JE DONNE, JE LÈGUE; ou bien : DONNEZ. Mais ce legs-ci est valable : LORSQUE MON HÉRITIER MOURRA, parce qu'il n'est pas reporté après la mort de l'héritier, mais au dernier moment de sa vie. A l'inverse, on ne peut pas léguer ainsi : LA VEILLE DE LA MORT DE MON HÉRITIER; mais cette dernière décision ne paraît pas reposer sur un motif solide.

Le legs dont l'effet était reculé jusqu'à la mort de l'héritier était nul, parce qu'un legs ne pouvait être acquitté que par l'héritier (§§ 260 et 271), et que si on eût déclaré valable un tel legs, c'eût été permettre de le mettre à la charge d'une personne autre que l'héritier, à savoir : les héritiers de l'héritier. Le legs retardé jusqu'à la veille de la mort de l'héritier était également nul. Théophile (liv. II, tit. XX, § 35) en donne pour raison que la veille de la mort ne peut être connue qu'après la mort, partant que la disposition devra toujours être acquittée par l'héritier de l'héritier. Mais cette raison (fautive, puisque le legs aura pris naissance dans la personne de l'héritier, et que son exécution seule aura été remise jusqu'après la mort de ce dernier) ne paraît pas sérieuse à Gaïus, ainsi qu'il résulte de la fin de notre paragraphe. A la différence de ces deux cas, le legs retardé jusqu'*au moment* de la mort de l'héritier est valable, parce qu'il naît dans la personne de l'héritier, puisque celui qui se meurt n'est pas mort, et que, d'un autre côté, on n'a pas besoin d'attendre qu'il soit mort pour connaître le moment où il se meurt. Ceci est singulièrement subtil, et surtout en contradiction parfaite avec la décision qui n'admet pas le legs reporté jusqu'à la veille de la mort. —Justinien a justement fait raison de tout ce que contient notre texte sur les legs retardés jusqu'après la mort ou la veille de la mort de l'héritier ou du légataire, et voulu que toujours un legs fait de la sorte fût exécuté, comme celui qui serait retardé jusqu'au moment de la mort (*Instit.*, liv. II, tit. XX, § 35).

§ 233. Eadem et de libertatibus dicta intelligimus.

§ 233. Ce que nous avons dit des legs s'applique aux affranchissements.

§ 234. Tutor vero, an post mortem hæredis dari possit quærentibus, eadem forsitan poterit esse quæstio, quæ de eo agitatur, qui ante hæredum institutionem datur.

§ 234. Mais à ceux qui demandent si on peut reporter la nominatiou du tuteur après la mort de l'héritier, on répond que c'est peut-être la même question que celle de savoir si on peut nommer un tuteur avant l'institution d'héritier.

C'est-à-dire que, suivant l'opinion des sabiniens, on ne peut pas nommer un tuteur pour après la mort de l'héritier, au lieu qu'on le peut d'après les proculéiens, dont l'opinion fut préférée par Justinien, parce que la nomination du tuteur ne touche pas à l'hérédité.

De pœnæ causa relictis legatis.

§ 235. Pœnæ quoque nomine inutiliter legatur; pœnæ autem nomine legari videtur, quod coercendi hæredis causa relinquitur, quo magis hæres aliquid faciat, aut non faciat, velut quod ita legatur : SI HÆRES MEUS FILIAM SUAM TITIO IN MATRIMONIUM COLLOCAVERIT, X SEIO DATO; vel ita : SI FILIAM TITIO IN MATRIMONIUM NON COLLOCAVERIT, X MILLIA TITIO DATO; sed et *quum quis*, si hæres verbi gratia intra biennium monumentum sibi non fecerit, x Titio dari jusserit, pœnæ nomine legatum *videtur*; denique ex ipsa definitione multas similes species varias fingere possumus,

Des legs laissés à titre de peine.

§ 235. Un legs fait à titre de peine est aussi inutile; mais un legs paraît fait à titre de peine quand il est laissé dans le but de forcer l'héritier à faire quelque chose ou à s'abstenir de certaine chose, comme dans ce cas : SI MON HÉRITIER MARIE SA FILLE A TITIUS, QU'IL DONNE DIX A SÉIUS; et dans cet autre cas : SI MON HÉRITIER N'A PAS MARIÉ SA FILLE A TITIUS, QU'IL DONNE DIX MILLE A TITIUS. Et si quelqu'un a ordonné à son héritier de donner dix à Titius dans le cas, par exemple, où, dans l'espace de deux ans, il ne lui aurait pas élevé un monument, ce legs paraît fait à titre de peine; enfin, d'après la définition de ce genre de legs, il est facile d'en trouver plusieurs cas différents.

Le legs était à titre de peine quand il était laissé à quelqu'un pour punir l'héritier, s'il faisait telle chose que le testateur lui avait défendu de faire, ou, à l'inverse, s'il ne faisait pas telle autre chose que le testateur lui avait ordonné d'exécuter. C'était un legs conditionnel, dont l'existence dépendait de l'accomplissement, par l'héritier, du fait qui lui avait été défendu ou de l'inexécution du fait ordonné. Le motif qui avait fait prohiber un tel legs provenait de ce que, comme toute libéralité, les dispositions de dernière volonté doivent avoir leur source dans le bienfait lui-même, et non dans un motif de vengeance ou de haine contre un tiers (Théophile, § 36 du liv. II,

tit. xx). Justinien a encore modifié le droit, sous ce rapport, en permettant les legs faits à titre de peine, qu'il considère comme purement conditionnels. Toutefois, si le testateur avait ordonné ou défendu à son héritier une chose déshonnête, impossible ou contraire aux lois, le legs ne produisait pas d'effet, parce qu'on ne saurait contraindre l'héritier à transgresser les lois ou les mœurs, ou à faire une chose impossible, et qu'on ne doit pas le punir de ce qu'il n'accomplit pas le fait ordonné ou prohibé.

Mais Justinien, en rappelant le droit tel qu'il existait avant lui sur les legs faits à titre de peine, ajoute que la *révocation* ou la *translation* d'un legs ne pouvaient pas davantage être faites à titre de peine. Les commentateurs, notamment MM. du Caurroy et Ortolan, sont fort embarrassés de ces deux additions de l'empereur légiste, qu'ils nous paraissent n'avoir pas comprises. M. Ortolan suppose, en effet, bien gratuitement, que, dans ce cas, la peine ne porte pas sur l'héritier, parce que l'héritier a *toujours* avantage à ce qu'un legs soit révoqué, et qu'il n'est *jamais puni* par la translation d'un legs à un autre; mais qu'elle atteint le légataire; et il donne ainsi aux legs *sub nomine pœnæ* un sens tout autre que celui qu'enseigne Gaïus. Cette interprétation, qui n'est basée sur aucun texte, n'est pas admissible; et nous la rejetons d'autant plus volontiers qu'il est très-aisé de concevoir la peine portant sur l'héritier dans le cas de *révocation*, et même dans celui de *translation* d'un legs. Il suffit pour cela de supposer deux institués dont l'un est également légataire par préciput. Il est certain que si le testateur met dans son testament une clause par laquelle il dit : « J'entends que le legs soit révoqué au cas où l'*héritier légataire* fera telle chose, » il y aura révocation à titre de peine, puisque cet héritier sera sollicité, pour que son legs ne soit pas révoqué, à faire ce que le testateur lui a ordonné. Il en faut dire autant de la translation : si le testateur a dit : « Dans le cas où vous, *héritier légataire*, vous ne ferez pas telle chose, je transfère le legs à votre cohéritier, » il y aura peine pour le premier cohéritier légataire dans ce transfert du legs à son cohéritier. On voit clairement que l'héritier n'a pas toujours *avantage* à la révocation, non plus qu'à la translation.

§ 236. Nec libertas quidem pœnæ nomine dari potest, quamvis de ea re fuerit quæsitum.

§ 236. On ne peut même pas léguer la liberté à titre de peine, quoiqu'il y ait eu doute pour ce cas.

C'est l'opinion contraire qu'on doit suivre sous Justinien.

§ 237. De tutore vero nihil possumus quærere, quia non potest datione tutoris hæres compelli quidquam facere, aut non facere : ideoque nec datur pœnæ nomine tutor : *et si* datus fuerit, magis sub conditione, quam pœnæ nomine datus videbitur.

§ 237. Mais la même question ne peut pas naître à l'occasion du tuteur, parce que l'héritier ne peut pas être contraint par la dation du tuteur à faire ou à s'abstenir ; aussi, bien que donné à titre de peine, le tuteur paraît plutôt donné sous condition qu'à titre de peine.

La nomination de tel ou tel tuteur importait fort peu à l'héritier; aussi, quand le testateur avait dit : « Je nomme un tel pour tuteur à mes enfants, si mon héritier ne fait pas tel acte, » cet héritier n'était pas le moins du monde contraint à faire l'acte pour éviter la nomination, qui ne lui portait ni profit ni préjudice.

§ 238. Incertæ personæ legatum inutiliter relinquitur : incerta autem videtur persona, quam per incertam opinionem animo suo testator subjicit : *verbi gratia si ita* legatum sit : QUI PRIMUS AD FUNUS MEUM VENERIT, EI HÆRES MEUS X DATO ; idem juris est si generaliter omnibus legaverit, quicunque ad funus meum venerint ; in eadem causa est, quod ita relinquitur : QUICUNQUE FILIO MEO IN MATRIMONIUM FILIAM SUAM COLLOCAVERIT, EI HÆRES MEUS X MILLIA DATO ; illud quoque in eadem causa est, quod ita relinquitur : QUI POST TESTAMENTUM CONSULES DESIGNATI

§ 238. Un legs fait à une personne incertaine est inutile. On appelle personne incertaine celle sur laquelle le testateur n'avait dans son esprit qu'une idée vague, par exemple si on lègue ainsi : QUE MON HÉRITIER DONNE DIX A CELUI QUI VIENDRA LE PREMIER A MES FUNÉRAILLES ; il en est de même lorsqu'il a légué à tout le monde en général : QUICONQUE VIENDRA A MES FUNÉRAILLES ; il en est de même lorsqu'on lègue comme il suit : QUE MON HÉRITIER DONNE DIX MILLE A CELUI QUI AURA MARIÉ SA FILLE A MON FILS. On en peut dire autant dans le cas où le legs est

ERUNT : tum æque incertis personis legari videtur; et denique aliæ multæ hujusmodi species sunt. Sub certa vero demonstratione incertæ personæ recte legatur, velut: EX COGNATIS MEIS, QUI NUNC SUNT, QUI PRIMUS AD FUNUS MEUM VENERIT, EI X MILLIA HÆRES MEUS DATO.

ainsi conçu : QU'IL DONNE A CEUX QUI SERONT FAITS CONSULS APRÈS LA CONFECTION DE MON TESTAMENT. Dans tous ces cas, le legs est justement réputé fait à personnes incertaines, et beaucoup de cas de pareils legs peuvent se présenter. Mais on lègue valablement à une personne incertaine, quand elle est suffisamment déterminée, comme dans ce cas : QUE MON HÉRITIER DONNE DIX MILLE A CELUI D'ENTRE TOUS MES COGNATS ACTUELLEMENT VIVANTS QUI VIENDRA LE PREMIER A MES FUNÉRAILLES.

Justinien a permis de léguer aux personnes incertaines (*Instit.*, *de legatis*, § 27).

§ 239. Libertas quoque non videtur incertæ personæ dari posse, quia lex Furia Caninia jubet nominatim servos liberari.

§ 239. La liberté ne peut pas non plus être donnée à une personne incertaine, parce que la loi Furia Caninia ordonne d'affranchir nominativement.

Cette disposition a été abrogée par Justinien (*loc. cit.*).

§ 240. Tutor quoque certus dari debet.

§ 240. Le tuteur qu'on nomme doit aussi être une personne certaine.

Justinien a conservé cette règle (*eod.*).

§ 241. Posthumo quoque alieno inutiliter legatur : *est autem* alienus posthumus, qui natus inter suos hæredes testatoris futurus non est, ideoque ex emancipato *quoque* filio conceptus nepos extraneus *est posthumus avo ; item qui in utero est ejus*,

§ 241. Le legs fait à un posthume externe est pareillement inutile. Est externe le posthume qui ne doit pas naître parmi les héritiers siens du testateur ; c'est pourquoi le petit-fils conçu des œuvres du fils émancipé est posthume externe de son aïeul; de

quæ connubio non interveniente ducta est uxor, extraneus posthumus patri contingit.

même, celui qui est dans le sein d'une femme mariée, sans avoir le *connubium*, naît posthume externe de son père.

Cette rigueur n'a pas été maintenue par Justinien (*eod.*, § 27).

§ 242. Ac ne hæres quidem potest institui posthumus alienus, est enim incerta persona.

§ 242. Le posthume externe ne peut pas être institué héritier, car il est au nombre des personnes incertaines.

Justinien autorise l'institution du posthume externe et se conforme ainsi au droit prétorien. Il la déclare nulle toutefois à l'égard du posthume à naître d'une femme qui n'aurait pu être l'épouse du testateur (*eod.*, § 28).

§ 243. Cætera vero quæ supra diximus, ad legata proprie pertinent, quanquam non immerito quibusdam placeat, pœnæ nomine hæredem institui non posse : nihil enim interesserit, utrum legatum dare jubeatur hæres, si fecerit aliquid, aut non fecerit, an cohæres ei adjiciatur, quia tam hæredis adjectione, quam legati datione compellitur, ut aliquid contra propositum suum faciat.

§ 243. Mais ce que nous avons ajouté plus haut se restreint aux legs, quoique plusieurs auteurs disent, non sans raison, qu'on ne peut pas instituer quelqu'un héritier à titre de peine, car il n'importe en rien à l'héritier d'acquitter un legs ou de recevoir un cohéritier pour avoir fait ou n'avoir pas fait telle chose, parce qu'il est autant sollicité à faire quelque chose contre son gré par l'adjonction d'un cohéritier que par la dation d'un legs.

V. nos explications sous le § 235.

§ 244. An ei qui in potestate sit ejus, quem hæredem instituimus, recte legemus, quæritur. Servius recte legari probat, sed evanescere legatum, si, quo tempore dies

§ 244. On demande si nous léguons valablement à celui qui est sous la puissance de l'héritier que nous avons institué. Servius pense que ce legs est valable, mais s'éva-

legatorum cedere solet, adhuc in potestate sit : ideoque sive pure legatum sit et vivo testatore in potestate hæredis esse desierit, sive sub conditione et ante conditionem id acciderit, deberi legatum. Sabinus et Cassius sub conditione recte legari, pure non recte putant : licet enim vivo testatore possit desinere in potestate hæredis esse, ideo tamen inutile legatum intelligi oportere, quia quod nullas vires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo valere quia vitam longius traxerit, absurdum esset; diversæ scholæ auctores nec sub conditione recte legari, quia quos in potestate habemus, eis non magis sub conditione, quam pure debere possumus.

nouit si, au moment du *dies cedit*, le légataire est encore sous la puissance de l'institué. C'est pourquoi, si le legs est pur et simple, et si, du vivant du testateur, le légataire a cessé d'être sous la puissance de l'héritier, ou si le legs est conditionnel, et qu'avant l'accomplissement de la condition le légataire soit sorti de la puissance de l'héritier, le legs est dû. Sabinus et Cassius pensent que le legs conditionnel est valable et que le legs pur et simple ne l'est pas; car, quoique le légataire puisse sortir de la puissance de l'héritier du vivant du testateur, il faut cependant considérer le legs comme inutile, parce que ce qui ne devait avoir aucune force si le testateur avait cessé de vivre aussitôt après la confection de son testament, il serait absurde de le faire valoir par cela seul qu'il a vécu plus longtemps : les proculéiens pensent que le legs conditionnel n'est pas même valable, parce que nous ne pouvons pas plus devoir sous condition que purement et simplement à ceux que nous avons sous notre puissance.

Pour l'intelligence de ce paragraphe, il est nécessaire de s'expliquer : 1° sur les modalités sous lesquelles un legs pouvait être fait; 2° sur l'époque à laquelle s'ouvrait le droit du légataire, de manière à devenir transmissible de son chef; 3° sur l'époque à laquelle il était exigible; 4° sur ce qu'on entendait par règle *catonienne*.

On pouvait léguer *purement et simplement :* ainsi je lègue

à Séius mon esclave Stichus; on pouvait léguer *sous condition :* par exemple, je lègue à Séius mon esclave Stichus, s'il monte au Capitole; on pouvait léguer *à terme*, en disant : Je lègue à Séius mon esclave Stichus à prendre trois ans après ma mort.

Pour qu'un legs fût *conditionnel*, il fallait que la disposition fût subordonnée à un événement futur et incertain; et lorsque l'événement futur était impossible ou illicite, la condition était considérée comme n'existant pas (Justin., *Inst.*, *de hæredibus instit.,* § 10).

Le legs n'était considéré comme *à terme* qu'autant que le terme était fixé d'une manière certaine: ainsi je lègue telle chose à prendre dans trois ans, dans cinq ans. Lorsque le terme était incertain, il faisait regarder le legs comme conditionnel. Cela arrivait si l'on avait dit, par exemple: Je lègue à Séius ma maison à prendre après la prise de Carthage. En conséquence, en un tel cas, le legs ne produisait ses effets qu'autant que le légataire était vivant au moment où l'événement prévu se réalisait (L. 1, § 2; — L. 79, § 1, ff. *de condit. et demonst.*).

Au cas de legs *pur et simple*, le droit du légataire s'ouvrait au moment du décès du testateur (L. 1, ff. *quandò dies legat. cedat*); il était conséquemment transmissible dès ce moment aux héritiers du légataire.

De même, à l'égard du legs à terme, le droit du légataire s'ouvrait *(dies cedebat)*, était transmissible du jour du décès du testateur (L. 5, *pr.*, ff., et L. 21, *pr.*, *eod.*).—Par contre, le droit au legs ne pouvait être acquis qu'à celui qui était capable de recevoir à ce moment *(eod.)*. On a vu (§ 199) que, d'après la loi Papia Poppéa, le *dies cedit* avait été reculé, pour les legs purs et simples, jusqu'à l'ouverture du testament (Ulpien, *Règ.* XXIV, § 30). — Mais Justinien revint à l'ancienne règle (L. 1, § 1, C., *de caducis tollendis*).

A l'égard du legs conditionnel, le droit ne s'ouvrait *(dies cedebat)* qu'au moment de l'avénement de la condition; d'où la conséquence que le légataire devait être apte à recueillir à cette époque (LL. 5 et 21, précitées).

L'exigibilité du droit *(dies venit)* n'avait lieu, pour les legs purs et simples, qu'après l'adition; pour les legs à terme, qu'à l'arrivée du terme, et pour les legs conditionnels, qu'après

l'accomplissement de la condition (L. 32, *præm.*, ff. *de legatis*, 2° ; — L. 21, ff. *quandò dies legat.*).

Puisque le *dies cedit* fixait la transmissibilité du droit, il en résultait qu'il était inutile de le distinguer du *dies venit*, par rapport aux droits attachés à la personne, tel que l'usufruit (L. 2, ff. *eod.*).

Cela dit, il sera aisé de comprendre la portée de la question que pose notre auteur en tête de ce paragraphe. Comme le legs recueilli par un esclave profitait au maître sous la puissance duquel il était au moment du *dies cedit*, il en résultait qu'au cas de legs pur et simple, le legs n'était utilement fait qu'autant qu'au moment de la mort du testateur (époque du *dies cedit*), de l'ouverture du testament d'après la loi Papia, cet esclave n'était plus sous la puissance de l'institué, qui était son maître au moment de la confection du testament, par la raison qu'on ne pouvait se devoir un legs à soi-même. Le legs, quoique valable dans le principe, s'évanouissait donc. Il en était de même à l'égard d'un legs conditionnel lorsque, au moment de l'arrivée de la condition, le légataire esclave était encore sous la puissance de l'institué. — A l'inverse, le legs produisait son effet si, soit au moment de l'ouverture du testament, dans le cas de legs pur et simple, soit au moment de l'arrivée de la condition, dans le cas d'un legs conditionnel, l'esclave avait changé de maître et était sorti de la puissance de l'institué. Toutefois les proculéiens considéraient toujours un tel legs comme non valable.

Mais les sabiniens distinguaient entre le legs pur et simple et le legs conditionnel.

Dans le premier cas, ils regardaient le legs comme nul en principe, par application d'une règle dite *catonienne*, du nom de l'un des Catons qui la fit porter, et d'après laquelle un legs qui aurait été nul en supposant le testateur mort à l'instant même où il vient de tester, ne pouvait valoir *tractu temporis*. Or, dans l'hypothèse, le legs eût été nul à l'origine, le maître institué ne pouvant se devoir un legs à lui-même : il ne pouvait donc valoir, quoique son esclave fût sorti de sa puissance, entre l'époque du testament et celle de la mort du testateur. La règle catonienne recevait application en cas de legs pur et simple ; au contraire, elle n'était pas reçue au

regard des legs conditionnels. C'est pourquoi Sabinus et Cassius voulaient que si l'esclave légataire n'était plus en puissance de l'institué au moment du *dies cedit* (de l'arrivée de la condition), le legs qui lui était fait profitât à son nouveau maître.

La règle catonienne ne s'appliquait, en général, qu'aux legs qui, dans l'intention du testateur, devaient échoir, être ouverts au moment de son décès (L. 3, ff. *de regulâ catonianâ*). Elle n'empêchait pas de léguer au maître de l'esclave institué, par la raison que le legs s'ouvrait au décès du testateur, tandis que le droit de l'héritier n'était acquis que par l'adition, ce qui faisait qu'on devait, même en supposant le testateur mort au moment de son testament, admettre un intervalle entre l'acquisition de l'hérédité et celle du legs, intervalle pendant lequel l'esclave institué héritier changeait de maître ou devenait libre.

Les lois nouvelles, notamment les lois caducaires, échappaient aux dispositions de la règle catonienne (L. 5, ff. *de regulâ caton.*).

La fixation du jour où s'ouvrait le droit du légataire, du *dies cedit*, était utile non-seulement en ce qui concernait la transmissibilité du legs, mais encore la fixation de sa quotité. Si le legs était pur et simple, le *dies cedit* arrivait généralement, suivant ce qui a été dit, au moment de la mort du testateur. En conséquence, si un troupeau avait été légué, sa quotité était déterminée par le nombre de têtes existantes à ce moment. Toutefois il en était autrement si le legs avait été fait par le testateur au profit de son esclave, par la raison que, pour lui, le *dies cedit* était retardé jusqu'au jour de *l'adition;* par suite, c'est à ce dernier jour qu'on devait considérer le troupeau pour fixer le *quantum* dû au légataire. En cas de legs conditionnel, la fixation du *dies cedit* n'avait pas moins d'utilité, puisque, du jour de l'ouverture de la succession à celui de l'avénement de la condition, la chose léguée a pu augmenter ou diminuer (L. 8, § 8, ff. *de peculio legato*).

Ce que nous venons de dire du legs du troupeau s'applique à tout legs de quotité, d'un pécule, par exemple. — Le pécule laissé à un étranger ne s'augmentait pas pour lui de la mort du testateur au jour de l'adition, si le legs était pur et simple,

à moins que les augmentations ne provinssent du pécule lui-même. Il s'augmentait, au contraire, pour l'esclave auquel on aurait légué son pécule en l'affranchissant (Justin., *Inst.*, *de legatis*, § 20).

La détermination du *dies cedit* était utile sous le rapport du *quantum* que pouvait réclamer le légataire même à l'égard de tout autre legs qu'un legs de quotité. Si la chose léguée produisait des fruits, ces fruits n'étaient dus au légataire que du jour du *dies cedit*, et ils accroissaient à l'héritier entre le jour de l'ouverture et le premier (LL. 30, *præm.*, et 73, *præm.*, ff. *ad legem Falcidiam*).

Il était encore utile de connaître le jour du *dies cedit*, afin de savoir à qui le bénéfice du legs était acquis dans certains cas : ceux, par exemple, où il avait pour titulaire un esclave ou un fils de famille. Le legs profitait, en effet, au fils ou à l'esclave, s'il était émancipé ou libre au jour du *dies cedit*, tandis qu'il bénéficiait au maître ou au père de famille qui avait à ce moment la puissance sur le légataire (L. 5, § 7, ff. *quandò dies legator.*).

§ 245. Ex diverso constat, ab eo qui in potestate *tua* est, hærede instituto recte tibi legari : sed si tu per eum hæres exstiteris, evanescere legatum, quia ipse tibi legatum deberi non possis ; si vero filius emancipatus, aut servus manumissus erit, vel in alium translatus, et ipse hæres exstiterit, aut alium fecerit, deberi legatum.

§ 245. A l'inverse, il est constant qu'on peut léguer valablement au père ou au maître du fils ou de l'esclave institué : dans le cas où ce père ou ce maître devient héritier par son fils ou son esclave, le legs s'évanouit, parce qu'on ne peut pas se devoir un legs à soi-même ; mais si le fils est émancipé, si l'esclave est affranchi ou passé sous la puissance d'un autre, et qu'il soit lui-même héritier ou fasse tel quelqu'un autre, le legs est dû.

§ 246. Hinc transeamus ad fideicommissa.

§ 246. Passons des legs au fidéicommis.

L'objet des fidéicommis était de faciliter les libéralités de dernière volonté, soit en maintenant des dispositions qui

n'étaient pas revêtues des formalités légales (texte, § 281 ; — Ulpien, *Règ.* XXV, § 9), soit en permettant d'assurer à certaines personnes le bénéfice de dispositions que la loi les empêchait de recueillir (Cicéron, *in Verrem*, II, 1, 47 ; — texte, §§ 285 et suiv.).

On verra dans le texte que les dispositions fidéicommissaires étaient *à titre universel*, quand elles comprenaient toute l'hérédité ou une quotité de cette hérédité ; *à titre particulier*, quand elles n'étaient relatives qu'à un objet particulier, comme un esclave, ou une universalité déterminée, comme un troupeau.

Au temps de Cicéron, les dispositions fidéicommissaires étaient déjà en usage (*loc. cit.*). — Mais elles n'étaient sanctionnées que par les mœurs, et le grevé était libre de s'y *soustraire* (*eod.*). — C'est sous Auguste qu'on en reconnut la légalité, et que l'autorité des consuls dut intervenir pour les faire respecter (Justin., *Instit.*, *de fideicommis. hæredit.*, § 1).

§ 247. Et prius de hæreditatibus videamus.

§ 247. Et voyons d'abord ce qui concerne les hérédités.

§ 248. Imprimis igitur sciendum est, opus esse, ut aliquis hæres recto jure instituatur, ejusque fideicommittatur, ut eam hæreditatem alii restituat : alioquin inutile est testamentum, in quo nemo recto jure hæres instituitur.

§ 248. Il faut donc savoir surtout qu'il est nécessaire qu'un héritier soit institué selon le droit civil, et qu'on le prie de restituer l'hérédité à une autre personne : sans cela, le testament serait inutile, puisqu'il n'y aurait pas d'institution d'héritier.

Ce texte doit s'entendre en ce sens que l'hérédité fidéicommissaire inscrite dans un testament présupposait une institution d'héritier, sans quoi le testament ne vaudrait pas ; d'où la conséquence que le fidéicommis ne produisait pas d'effet. Mais il était permis à celui qui voulait faire un fidéicommis sans tester de charger son hériter *ab intestat* de rendre l'hérédité à un tiers, et cela au moyen d'un codicille (*infrà*, § 270).

§ 249. Verba autem utilia fideicommissorum hæc recte maxime in usu esse videntur : PETO, ROGO, VOLO, FIDEICOM-

§ 249. Les paroles dont on se sert habituellement pour les fidéicommis sont celles-ci : JE DEMANDE, JE PRIE, JE VEUX,

MITTO, quæ proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint.

JE REMETS A TA FOI. Elles ont autant de valeur employées séparément que réunies à la fois.

§ 250. Quum igitur scripserimus : TITIUS HÆRES ESTO, possumus adjicere : ROGO TE, LUCI TITI, PETOQUE A TE, UT, QUUM PRIMUM POSSIS HÆREDITATEM MEAM ADIRE, GAIO SEIO REDDAS, RESTITUAS; possumus autem et de parte restituenda rogare; et liberum est, vel sub conditione, vel pure, relinquere fideicommissa, vel ex die certa.

§ 250. Après avoir écrit : QUE TITIUS SOIT MON HÉRITIER, nous pouvons ajouter : JE VOUS PRIE, LUCIUS TITIUS, ET JE VOUS DEMANDE DE RENDRE ET RESTITUER MON HÉRÉDITÉ A SÉIUS GAIUS, DÈS QUE VOUS AUREZ PU LA RECEVOIR; nous pouvons aussi le prier d'en rendre une partie; et il nous est loisible de laisser des fidéicommis conditionnels ou des fidéicommis purs et simples, ou des fidéicommis à terme.

Les fidéicommis pouvaient être *purs et simples*, *conditionnels* ou *à terme*, de telle sorte que l'héritier pouvait être tenu de restituer l'hérédité dès qu'il l'avait recueillie, ou seulement si tel événement incertain arrivait, auquel cas le fidéicommissaire ne recevait la libéralité qu'autant qu'il vivait au moment de l'accomplissement de la condition, ou bien à partir d'un certain temps (*V.* sous le § 244).

§ 251. Restituta autem hæreditate, is qui restituit, nihilominus hæres manet; is vero qui recepit hæreditatem, aliquando hæredis loco est, aliquando legatarii.

§ 251. Après la restitution de l'hérédité, l'institué reste néanmoins héritier ; mais celui auquel il a restitué est tantôt à la place d'un héritier, tantôt à la place d'un légataire.

La qualité d'héritier n'échappait pas à celui qui, institué à la condition de restituer, avait exécuté cette obligation. Et, comme à cette qualité étaient attachés des droits et des obligations, on eut recours à des garanties réciproques, que l'héritier et le fidéicommissaire étaient tenus de s'accorder.

§ 252. *Olim autem nec* hæredis loco erat, nec legatarii,

§ 252. Autrefois il n'avait ni la place d'un héritier ni

sed potius emptoris; tunc enim in usu erat ei cui restituebatur hæreditas, nummo uno eam hæreditatem dicis causa venire; et quæ stipulationes *inter venditorem hæreditatis et emptorem interponi solent*, *eædem interponebantur* inter hæredem et eum cui restituebatur hæreditas, id est, hoc modo: hæres quidem stipulabatur ab eo cui restituebatur hæreditas, ut quidquid hæreditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset, et omnino si quis cum eo hæreditario nomine ageret, ut recte defenderetur : ille vero qui recipiebat hæreditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hæreditate ad hæredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur, eum hæreditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exsequi.

celle d'un légataire, mais plutôt celle d'un acheteur; car alors l'usage était que celui auquel on restituait l'hérédité l'achetât, pour la forme, avec un écu, et les stipulations qui ont lieu habituellement entre le vendeur et l'acheteur d'une hérédité avaient lieu entre l'héritier et celui auquel il restituait l'hérédité; cela se passait ainsi : l'héritier stipulait du fidéicommissaire que celui-ci *l'indemniserait* de tout ce qu'il serait condamné à payer comme héritier, ou de ce qu'il donnerait de bonne foi, et qu'il serait régulièrement défendu, si quelqu'un agissait contre lui à titre d'héritier; mais celui qui recevait l'hérédité stipulait à son tour que, si l'héritier recevait quelque chose de l'hérédité, il le rendrait au fidéicommissaire, qu'il laisserait même ce fidéicommissaire exercer les actions héréditaires, soit comme procureur, soit comme *cognitor*.

Dans le principe, le fidéicommissaire était considéré comme un acheteur de l'hérédité ; aussi devait-il s'engager, par une promesse en réponse à une stipulation que lui faisait l'héritier, d'indemniser ce dernier de tout ce qu'il pourrait être tenu de fournir comme héritier. Le fidéicommissaire stipulait à son tour de l'héritier la restitution de tout ce qu'il recevrait en cette qualité, et même la faculté d'exercer les actions héréditaires appartenant légalement à l'héritier.

§ 253. Sed posterioribus temporibus, Trebellio Maximo et Annæo Seneca consu-

§ 253. Mais, plus tard, sous le consulat de Trébellius Maximus et Annéus Sénèque

libus, senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si cui hæreditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones quæ jure civili hæredi et in hæredem competerent *ei* et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hæreditas; post quod senatusconsultum desierunt illæ cautiones in usu haberi. Prætor enim utiles actiones ei et in eum qui recepit hæreditatem, quasi hæredi et in hæredem dare cœpit : eæque in edicto proponuntur.

(an de Rome 815), on porta un sénatus-consulte qui voulut que celui auquel l'hérédité fidéicommissaire aurait été restituée exerçât lui-même les actions civiles qu'on donne à l'héritier, et qu'on exerçât contre lui celles qui se donnent contre l'héritier. Ce sénatus-consulte fit cesser l'usage des stipulations dont nous avons parlé, car le préteur donne les actions utiles à celui et contre celui qui reçoit l'hérédité, comme à un héritier et contre lui; et ces actions sont proposées dans l'édit.

On fit disparaître l'usage des stipulations dont nous venons de parler en donnant les actions *utiles* à l'héritier et au fidéicommissaire.

§ 254. Sed rursus quia hæredes scripti, quum aut totam hæreditatem, aut pene totam plerumque restituere rogabantur, adire hæreditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa. Pegaso et Pusione *consulibus*, senatus censuit ut ei qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde liceret, quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinendis conceditur, ex singulis quoque rebus, quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est; per quod senatusconsultum ipse *hæres* onera hæreditaria sustinet : ille autem qui ex fideicommisso reli-

§ 254. Mais, comme les héritiers institués étaient priés de restituer toute ou presque toute l'hérédité, ils refusaient de faire une adition qui ne leur donnait aucun bénéfice ou un bénéfice très-faible, ce qui faisait que les fidéicommis n'étaient pas exécutés. Sous le consulat de Pégase et Pusion (vers l'an de Rome 823), le sénat voulut que l'héritier chargé de restituer l'hérédité pût retenir un quart de cette hérédité; et de même que la loi Falcidie permet de retenir un quart des legs, de même, sur tout ce qui est laissé pour être restitué par fidéicommis, la même retenue est permise; mais, d'après ce sénatus-consulte, c'est l'hé-

quam partem hæreditatis recipit, legatarii partiarii loco est, id est, ejus legatarii cui pars bonorum legatur; quæ species legati partitio vocatur, quia cum hærede legatarius partitur hæreditatem; unde effectum est, ut quæ solent stipulationes inter hæredem et partiarium legatarium interponi, eædem interponantur inter eum qui ex fideicommissi causa recipit hæreditatem et hæredem, id est, ut et lucrum et damnum hæreditarium pro rata parte inter eos commune sit.

ritier institué qui soutient les charges de l'hérédité; quant à celui qui reçoit le reste de l'hérédité en vertu du fidéicommis, il est à la place d'un légataire, c'est-à-dire de celui auquel on lègue une quote-part des biens. On appelle ce legs legs de partition, parce que le légataire partage l'hérédité avec l'héritier; aussi les stipulations qui ont lieu habituellement entre l'héritier et le légataire partiaire interviennent-elles entre le fidéicommissaire et le grevé du fidéicommis, c'est-à-dire qu'ils conviennent que le gain et la perte résultant de l'hérédité seront supportés par eux proportionnellement à leur part.

Le sénatus-consulte Pégasien vint faire, pour l'héritier grevé d'un fidéicommis, ce que la loi Falcidie avait fait pour l'institué ordinaire. Il résulta de ce changement les conséquences qu'explique notre texte.

§ 255. Ergo si quidem non plus quam dodrantem hæreditatis scriptus hæres rogatus sit restituere, tum ex Trebelliano senatusconsulto restituitur hæreditas, et in utrumque actiones hæreditariæ pro rata parte dantur, in hæredem quidem jure civili, in eum vero qui recepit hæreditatem, ex senatusconsulto Trebelliano, quanquam hæres etiam pro ea parte quam restituit, hæres permaneat: eique et in eum solidæ actiones competunt; sed non ulterius oneratur, nec ulterius illi

§ 255. Si donc l'héritier inscrit n'est pas prié de rendre plus des trois quarts de l'hérédité, il restitue, d'après le sénatus-consulte Trébellien; et les actions se donnent pour et contre chacun, selon ce qu'il a reçu: pour et contre l'héritier, d'après le droit civil; pour et contre le fidéicommissaire, d'après le sénatus-consulte Trébellien, quoique l'héritier institué reste héritier même pour la part qu'il a restituée, et les actions compètent pour et contre lui pour le tout; mais il n'est pas tenu

dantur actiones, quam apud eum commodum hæreditatis remanet.

au delà de ce qu'il a reçu, et les actions ne lui compètent pas au delà de ce qui lui est laissé d'avantages dans l'hérédité.

Les deux sénatus-consultes Trébellien et Pégasien fonctionnèrent l'un à côté de l'autre, suivant les hypothèses. Si le grevé n'était chargé de rendre que les trois quarts de la succession ou moins, on appliquait le Trébellien, et aucune stipulation n'intervenait.

§ 256. At si quis plus quam dodrantem, vel etiam totam hæreditatem restituere rogatus sit, locus est Pegasiano senatusconsulto.

§ 256. Si le grevé est prié de restituer plus des trois quarts, c'est le lieu d'appliquer le sénatus-consulte Pégasien.

Si, au contraire, le grevé devait rendre plus des trois quarts, on avait recours aux stipulations *partis* et *pro parte* pour se garantir réciproquement soit des actions auxquelles était exposé l'héritier, soit de la restitution des choses qu'il aurait reçues.

§ 257. Sed is qui semel adierit hæreditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem, sive noluerit retinere, ipse universa onera hæreditaria sustinet : sed quarta quidem retenta, quasi partis et pro parte stipulationes interponi debent, tanquam inter partiarium legatarium et hæredem; si vero totam hæreditatem restituerit, ad exemplum emptæ et venditæ hæreditatis stipulationes interponendæ sunt.

§ 257. Mais celui qui a fait volontairement adition, soit qu'il ait retenu le quart, soit qu'il n'ait pas voulu le retenir, soutient toutes les charges de l'hérédité : lorsqu'il a retenu la quarte, les stipulations *partis* et *pro parte* doivent intervenir, comme entre un légataire partiaire et l'héritier; si, au contraire, l'institué a restitué toute l'hérédité, des stipulations interviennent, comme dans le cas de l'hérédité vendue et achetée.

Quand le grevé faisait volontairement adition, il restait tenu comme héritier d'après le droit civil : aussi avait-on recours aux stipulations *partis* et *pro parte*, s'il gardait le quart de

l'hérédité, et à celles *emptæ et venditæ hæreditatis*, s'il restituait intégralement. Le Pégasien faisait donc revivre cette dernière stipulation, supprimée par le Trébellien. Certains jurisconsultes voulaient toutefois que, lorsque le grevé restituait après avoir volontairement accepté l'hérédité, les stipulations fussent inutiles, le grevé n'étant soumis à aucune action dans ce cas (L. 45, ff. *ad S.-C. Trebell.*; — Paul, *Sent.* IV, III, § 2).

§ 258. Sed si recuset scriptus hæres adire hæreditatem ob id quod dicat, eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatusconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, jussu prætoris adeat et restituat, perindeque ei et in eum, qui receperit, actiones dentur, ac juris est ex senatusconsulto Trebelliano : quo casu nullis stipulationibus opus est, quia simul et huic qui restituit, securitas datur, et actiones hæreditariæ ei et in eum transferuntur, qui receperit hæreditatem.

§ 258. Mais si le grevé refuse de faire adition parce que l'hérédité lui paraît suspecte et même onéreuse, le sénatus-consulte Pégasien veut que, si telle est la volonté du fidéicommissaire, l'héritier fasse adition par ordre du préteur et restitue, et que les actions soient données pour et contre le fidéicommissaire, comme dans le cas du sénatus-consulte Trébellien. Pour ce cas il n'est besoin d'aucune stipulation, parce qu'on donne à la fois sécurité à celui qui restitue, et qu'on donne les actions héréditaires pour et contre celui auquel on restitue.

Quand le grevé était contraint par le préteur à faire adition, les actions utiles étaient accordées, comme dans le cas du Trébellien, et aucune stipulation de garantie n'était nécessaire.

§ 259. Nihil autem interest utrum aliquis ex asse hæres institutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte restituere rogetur, an ex parte hæres institutus, aut totam eam partem, aut partis partem restituere rogetur : nam et hoc casu de quarta parte ejus partis ratio ex Pegasiano senatusconsulto haberi solet.

§ 259. Peu importe que l'on soit institué héritier pour toute l'hérédité avec prière de la restituer toute ou partie, ou qu'on soit héritier pour partie avec prière de restituer toute cette partie ou portion seulement : car, dans ce cas, le sénatus-consulte Pégasien autorise la retenue du quart de la portion reçue.

Justinien abrogea le sénatus-consulte Pégasien, et voulut que la restitution de l'hérédité par l'institué se fît toujours d'après le sénatus-consulte Trébellien, soit que le testateur lui eût laissé le quart, soit qu'il lui eût laissé davantage, soit enfin qu'il lui eût laissé moins du quart. Si le testateur ne lui avait rien attribué ou s'il lui avait donné moins du quart, l'institué pouvait retenir ou compléter ce quart, et même le répéter, s'il l'avait payé (*Instit.*, *de fideicommis. hæred.*, § 7). — Suivant la même disposition, les actions se divisaient proportionnellement entre l'héritier et le fidéicommissaire, et si l'institué restituait sans retenue, les actions se concentraient toutes activement ou passivement sur la tête du fidéicommissaire. De plus, l'institué pouvait être contraint à restituer l'hérédité au fidéicommissaire, malgré son refus d'adition, et n'était tenu d'aucune action dans ce cas.

Le quart laissé à l'institué pouvait porter sur un objet d'une valeur équivalant à un quart, au lieu d'être d'une quotité s'élevant au quart de la succession. Si le quart était représenté par un objet déterminé, l'institué n'était pas tenu d'une quote-part des dettes, tandis qu'il en était autrement dans le cas contraire (Justinien, *Instit., de fideicom. hæred.*, § 9).

Si le grevé de restitution était un héritier légitime, il ne pouvait invoquer les sénatus-consultes Trébellien et Pégasien; mais l'empereur Antonin le Pieux l'autorisa à retenir la quarte (L. 6, § 1, *ad S.-C. Trebell.*; — L. 18, ff. *ad leg. Falcid.*).

§ 260. Potest autem quisque etiam res singulas per fideicommissum relinquere, velut fundum, hominem, vestem, argentum, pecuniam, et vel ipsum hæredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis a legatario legari non possit.

§ 260. Chacun peut laisser par fidéicommis des objets particuliers, tels qu'un fonds, un esclave, un vêtement, de l'argent, de la monnaie, et prier son héritier même de restituer à quelqu'un, ou prier son légataire de faire cette restitution, quoiqu'un legs ne puisse pas être mis à la charge d'un légataire.

Quand le fidéicommissaire n'était appelé à recueillir qu'un objet particulier, et non une quotité, il ne pouvait être tenu de contribuer aux dettes, pas plus qu'un légataire à titre par-

ticulier. En conséquence, les stipulations dont nous avons parlé précédemment n'étaient pas en usage pour les cas prévus dans notre paragraphe.

§ 261. Item potest non solum propria testatoris res per fideicommissum relinqui, sed etiam hæredis, aut legatarii, aut cujuslibet alterius; itaque et legatarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat, quæ ei legata sit, sed etiam de alia, sive ipsius legatarii, sive aliena sit; sed hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit; nam quod amplius est, inutiliter relinquitur.

§ 261. De même, un testateur peut laisser par fidéicommis non-seulement sa propre chose, mais encore celle de son héritier, celle de son légataire ou celle de tout autre; c'est pourquoi le légataire peut non-seulement être prié de restituer la chose du testateur qui lui a été léguée, mais encore toute autre chose, soit la sienne, soit celle d'un étranger même; il faut seulement observer de ne pas prier le grevé de restituer à un autre plus qu'il n'a reçu par testament, car ce surplus serait inutilement laissé au fidéicommissaire.

Lorsqu'une chose appartenant à autrui avait été laissée au fidéicommissaire, ce dernier ne pouvait la réclamer qu'en établissant que le *de cujus* n'ignorait pas que la chose était *res aliena* (Paul, *Sent.* IV, 1, § 8).

Remarquons, après M. Demangeat, t. I, p. 794, que la règle de notre texte suivant laquelle le grevé ne peut être tenu de restituer plus qu'il n'a reçu n'est pas absolument vraie; car, lorsque le fidéicommis avait pour objet une chose appartenant au fidéicommissaire, on ne recherchait pas si elle valait plus que ce qu'avait reçu le fiduciaire (L. 70, § 1, ff. *de legatis*, 2°).

§ 262. Quum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei qui rogatus est, aut ipsam redimere et præstare, aut æstimationem, *sicut juris est*, *si* per damnationem aliena res legata sit; sunt tamen qui

§ 262. Mais lorsqu'on laisse par fidéicommis la chose d'autrui, celui qui est chargé d'acquitter le fidéicommis doit l'acheter et la donner, ou en payer la valeur, comme lorsqu'on a légué par condamnation la chose d'autrui;

putant, si rem per fideicommissum relictam dominus non vendat, extingui fideicommissum ; *sed aliam* esse causam per damnationem legati.

des auteurs pensent, cependant, que si le maître de la chose laissée par fidéicommis ne veut pas la vendre, le fidéicommis est éteint ; mais la cause du legs par condamnation n'est pas la même.

La différence signalée ici entre le legs *per damnationem* et les fidéicommis n'est pas reproduite par Justinien.

§ 263. Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut vel hæres rogetur manumittere, vel legatarius.

§ 263. On peut laisser la liberté par fidéicommis à un esclave, de manière que l'héritier ou le légataire soit prié de l'affranchir.

§ 264. *Nec interest utrum de suo proprio servo testator* roget, an de eo qui ipsius hæredis *aut lega*tarii, vel etiam extranei sit.

§ 264. Peu importe que le testateur prie d'affranchir son propre esclave, celui de l'héritier, du légataire ou de tout autre.

§ 265. Itaque et alienus servus redimi et manumitti debet; quod *si dominus eum non ven*dat, sane *extinguitur libertas*, *quia pro libertate pret*ii computatio nulla intervenit.

§ 265. C'est pourquoi l'esclave d'autrui doit être acheté et affranchi; si son maître refuse de le vendre, la liberté est perdue pour l'esclave, parce que la liberté, n'ayant pas de prix, ne peut pas avoir d'équivalent.

D'après le droit suivi depuis l'empereur Alexandre, le legs de la liberté ne s'évanouissait pas par le seul refus du maître de vendre l'esclave, il fallait attendre une occasion favorable, et la liberté n'était que différée (L. 6, C., *de fideic. libert.*; — *Instit.*, *de singul. reb. per fideic. relict.*, § 2).

§ 266. Qui autem ex fideicommisso manumittitur, non testatoris fit *libertus, etiamsi tes*tatoris *servus sit*, *sed ejus qui manumi*ttit.

§ 266. Mais l'affranchi fidéicommissaire n'est pas l'affranchi du testateur, alors même qu'il aurait été son esclave; mais il a pour patron celui qui l'affranchit.

C'est, comme on le voit, l'inverse de ce qui était établi à l'égard de l'esclave affranchi par legs (Ulp., *Fragm.* II, §§ 7 et 8, et texte, § 267).

§ 267. At qui directo testamento liber esse jubetur, velut hoc *modo : STICHUS SERVUS MEUS LIBER ESTO, vel STICHUM* SERVUM MEUM LIBERUM ESSE JUBEO, *is ipsius testatoris* fit libertus. Nec alius directo ex testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris *ex jure quiritium fuerit, et quo faceret* testamentum, et quo moreretur.

§ 267. Mais celui auquel on laisse par testament la liberté directe, comme dans ce cas : QUE STICHUS MON ESCLAVE SOIT LIBRE, ou : J'ORDONNE QUE MON ESCLAVE STICHUS SOIT LIBRE, est l'affranchi du testateur même. On ne peut laisser la liberté directe par testament qu'à l'esclave qui appartenait au testateur, d'après le droit quiritaire, aux deux époques de la confection du testament et de la mort du testateur.

Léguer la liberté directe à un esclave, c'est disposer de cet esclave; c'est faire un legs par vendication, qui doit, en conséquence, réunir les règles exigées pour ce genre de legs. Si le testateur n'était pas propriétaire de l'esclave au moment de la confection de son testament, comme, s'il était mort sitôt après avoir fait ce testament, le legs aurait été nul, il ne pourra pas valoir par le seul laps de temps, la règle Catonienne réunissant l'époque de la mort à la première.

Le legs vaudra-t-il au moins *optimo jure*, en vertu du sénatus-consulte Néronien? La négative est certaine, puisque, aux termes du § 118 de ce commentaire, le sénatus-consulte Néronien ne fait valoir que ce qui est annulé par le droit civil comme vicieux en la forme, et non ce qui est nul à cause de la personne même du légataire. Or, il n'est pas douteux, dans l'espèce, que le legs direct de la liberté fait à l'esclave dont on n'était pas propriétaire à l'époque de la confection du testament ne soit nul à cause de la personne même du légataire, puisque, à cette époque, le testateur n'était pas maître de l'esclave. La règle Catonienne vient ensuite, qui empêche ce legs, inutile lors de la confection, de valoir par le seul laps de temps.

§ 268. Multum autem differunt quæ per fideicommissum relinquuntur ab his quæ directo jure legantur.

§ 268. Les legs diffèrent beaucoup des fidéicommis.

§ 269. Nam ecce per fideicommissum *post mortem* hæredis relinqui potest, quum alioquin legatum testamento facto inutile sit.

§ 269. Car on peut remettre l'exécution d'un fidéicommis jusqu'après la mort de son héritier, au lieu qu'un legs retardé jusqu'à cette époque est nul.

Justinien permit de retarder le legs jusqu'après la mort de l'héritier (*V.* nos explications sous le § 232).

§ 270. Item intestatus moriturus potest ab eo ad quem bona ejus pertinent, fideicommissum alicui relinquere : quum alioquin *legatum nisi testamento* non *relinquatur : ideoque codicillis relic*tum non aliter valet quam si a testatore confirmati fuerint; id est, nisi in testamento caverit testator, ut quidquid in codicillis scripserit, id ratum sit : fideicommissum vero etiam non confirmatis codicillis, relinqui potest.

§ 270. De même, celui qui meurt intestat peut ordonner à son héritier légitime de rendre un fidéicommis à quelqu'un, au lieu qu'on ne peut laisser un legs sans faire de testament; c'est pourquoi un legs laissé par codicilles n'est valable qu'autant que ces codicilles ont été confirmés par testament, c'est-à-dire si le testateur a voulu dans son testament qu'on exécutât ce qu'il a écrit dans ses codicilles; un fidéicommis, au contraire, peut être laissé par codicilles non confirmés.

Les codicilles n'avaient besoin d'être confirmés par un testament qu'autant qu'ils contenaient des legs; et, comme ils dépendaient de la validité du testament auquel ils se rattachaient, c'est à l'époque du testament qu'on se reportait pour en apprécier le mérite (L. 2, § 2, ff., *de jure codicillor.*).

On pouvait faire des codicilles, soit qu'on mourût ayant fait un testament, soit qu'on cessât de vivre *intestat* (Justin., *Instit.*, *de codicill.*, § 1).

Par un codicille, on ne pouvait ni donner ni ôter une hérédité; toutefois on pouvait y attribuer une hérédité fidéicommissaire (*ib.*, § 2, et texte, § 273).

§ 271. Item a legatario legari non potest : sed fideicommissum relinqui potest; quin etiam ab eo quoque cui per fideicommissum relinquimus, rursus alii per fideicommissum relinquere possumus.

§ 271. De même, un legs ne peut pas être mis à la charge d'un légataire; mais un fidéicommis peut y être laissé; bien plus, nous pouvons ordonner à celui auquel nous laissons un fidéicommis de remettre à un second fidéicommissaire.

Justinien maintint l'interdiction de mettre un legs à la charge d'un légataire (*Instit.*, *de sing. reb. per fideic. relictis*, *pr.*).

§ 272. Item servo alieno directo libertas dari non potest, sed per fideicommissum potest.

§ 272. De même, on ne peut pas conférer directement la liberté à l'esclave d'autrui, mais on peut lui laisser la liberté fidéicommissaire.

C'est la raison que nous avons donnée sous le § 267 qui empêche qu'on confère directement la liberté à l'esclave d'autrui. Mais, quand la liberté n'est acquise à l'esclave qu'indirectement, par le fait d'une tierce personne, rien ne s'oppose à ce qu'une telle disposition conserve toute sa force en principe. Quant aux moyens d'exécution, ils seront souvent paralysés par la résistance du propriétaire de l'esclave; et, comme la liberté n'a pas d'équivalent, le fidéicommis s'évanouira, aux termes du § 265 de ce commentaire.

§ 273. Item codicillis nemo hæres institui potest, neque exhæredari, quamvis testamento confirmati sint; at hic, qui testamento hæres institutus est, potest codicillis rogari, ut eam hæreditatem alii totam, vel ex parte restituat, quamvis testamento codicilli confirmati non sint.

§ 273. De même, on ne peut faire par codicilles ni institution d'héritier ni exhérédation, quoique ces codicilles soient confirmés par un testament postérieur; mais on peut prier, dans des codicilles, celui qu'on a institué héritier par testament, de restituer à un autre toute l'hérédité ou partie, quand même les codicilles ne seraient pas confirmés.

Justinien ne modifia point le droit à cet égard (*Instit.*, *de codicillis*, § 2).

§ 274. Item mulier, quæ ab eo qui centum millia æris census est, per legem Voconiam hæres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hæreditatem capere potest.

§ 274. De même, une femme, qui, d'après la loi *Voconia*, ne peut pas être instituée héritière par quelqu'un qui a plus de cent mille as, peut cependant recevoir par fidéicommis une hérédité qui lui est laissée.

On peut conclure d'un passage d'Aulu-Gelle (*Nuits attiques,* xx, 1) que, dès le temps de Marc-Aurèle, la loi Voconia était tombée en désuétude.

§ 275. Latini quoque, qui hæreditates legataque directo jure lege Junia capere prohibentur, ex fideicommisso capere possunt.

§ 275. Les Latins qui, d'après la loi Junia, ne peuvent recevoir directement ni hérédité ni legs, peuvent recevoir par fidéicommis.

On sait que Justinien fit disparaître toute différence entre les affranchis; d'où la conséquence que ceux qui autrefois n'auraient été que Latins-Juniens purent, dès lors, être institués ou recueillir par legs (com. 1, § 40).

§ 276. Item, quum senatusconsulto prohibitum sit proprium servum minorem annis XXX liberum et hæredem instituere, plerisque placet, posse nos jubere liberum esse quum annorum XXX erit, et rogare ut tunc illi restituatur hæreditas.

§ 276. De même, bien qu'un sénatus-consulte défende d'affranchir par testament son propre esclave mineur de trente ans, et de l'instituer héritier, on admet cependant, en général, que nous pouvons ordonner que cet esclave soit libre lorsqu'il aura trente ans, et prier qu'on lui restitue notre hérédité à cette époque.

L'interdiction d'affranchir par testament son propre esclave mineur de trente ans ayant disparu, cet esclave put être institué comme un majeur (com. 1, § 31).

§ 277. Item, quamvis non *possimus* post mortem ejus, qui nobis hæres extiterit, alium in locum ejus hæredem

§ 277. De même, quoique nous ne puissions pas instituer quelqu'un héritier à la place de notre héritier, quand

instituere, tamen possumus eum rogare, ut, quum morietur, alii eam hæreditatem totam, vel ex parte restituat; et quia post mortem quoque hæredis fideicommissum dari potest, idem efficere possumus, et si ita scripserimus : QUUM TITIUS HÆRES MEUS MORTUUS ERIT, VOLO HÆREDITATEM MEAM AD PUBLIUM MÆVIUM PERTINERE; utroque autem modo, tam hoc quam illo, Titium hæredem *nostrum* obligatum relinquimus de fideicommisso restituendo.

celui-ci sera mort après avoir recueilli, nous pouvons cependant prier ce dernier de rendre, à sa mort, à un autre toute notre hérédité ou partie; et parce qu'on peut remettre l'exécution d'un fidéicommis jusqu'après la mort de l'héritier, nous pouvons faire la même chose en écrivant ainsi : JE VEUX QU'APRÈS LA MORT DE MON HÉRITIER TITIUS, MON HÉRÉDITÉ APPARTIENNE A PUBLIUS MÆVIUS; de toute manière, nous obligeons notre héritier Titius à restituer le fidéicommis.

Cette règle fut maintenue (*Instit.*, *de pupill. substit.*, § 9).

§ 278. Præterea legata *per* formulam petimus : fideicommissa vero Romæ quidem apud consulem, vel apud eum prætorem, qui præcipue *de* fideicommissis jus dicit, persequimur; in provinciis vero apud præsidem provinciæ.

§ 278. En outre, les legs sont demandés par action, au lieu que nous poursuivons l'exécution d'un fidéicommis chez le consul, ou chez le préteur, qui connaît particulièrement des fidéicommis, et dans les provinces chez le président.

§ 279. Item, de fideicommissis semper in urbe jus dicitur : de legatis vero, quum res aguntur,

§ 279. De même, à Rome, on juge en tout temps sur les fidéicommis; on ne statue sur les legs qu'aux jours fixés pour l'expédition des affaires.

§ 280. Fideicommissorum usuræ et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit, qui fideicommissum debebit : legatorum vero usuræ non debentur; idque rescripto divi Hadriani significatur; scio tamen Juliano placuisse in eo legato, quod sinendi

§ 280. Le grevé d'un fidéicommis doit les intérêts et les fruits par cela seul qu'il est en retard d'acquitter ce fidéicommis, au lieu que les intérêts des legs ne sont pas dus; cela ressort d'un rescrit du divin Adrien. Je n'ignore pas cependant que Julien a

modo relinquitur, idem juris esse, quod in fideicommissis : quam sententiam et his temporibus magis obtinere video.

voulu que dans le legs de permission il en fût comme dans le fidéicommis : cet avis a prévalu de nos jours.

§ 281. Item legata græce scripta non valent : fideicommissa vero valent.

§ 281. De même, les legs faits en langue grecque ne sont pas valables ; mais les fidéicommis peuvent toujours être poursuivis.

On pouvait faire un fidéicommis en toute langue, et même par geste (L. 11, ff. *de legatis*, 3°, et L. 21, *eod.*). Au surplus, le legs fait en langue grecque fut reconnu valable par Constantin, quel que fût l'idiome dans lequel le testateur s'était exprimé (L. 21, C., *de legatis*).

§ 282. Item si legatum per damnationem relictum hæres inficietur, in duplum cum eo agitur : fideicommissi vero nomine semper in simplum persecutio est.

§ 282. De même, si un héritier nie un legs par condamnation, on agit contre lui au double : la poursuite d'un fidéicommis, au contraire, est toujours simple.

§ 283. Item *quod* quisque ex fideicommisso plus debito per errorem solverit, repetere potest : at id quod ex causa falsa per damnationem legati plus debito solutum sit, repeti non potest ; idem scilicet juris est de eo legato quod non debitum vel ex hac, vel ex illa causa per errorem solutum fuerit.

§ 283. De même, on peut répéter ce qu'on a payé de trop par erreur pour un fidéicommis ; mais, au contraire, on ne peut pas répéter ce que, pour une fausse cause, on a payé de trop dans un legs par condamnation ; il en est de même du legs qui n'était pas dû et qui a été payé, soit pour une fausse cause, soit par erreur.

Quand un fidéicommis avait été payé par erreur à une personne incertaine, il ne pouvait être répété (*Instit.*, *de legatis*, § 25).

§ 284. Erant etiam aliæ differentiæ quæ nunc non sunt.

§ 284. Il y avait encore d'autres différences entre les legs et les fidéicommis ; elles n'existent plus aujourd'hui.

§ 285. Ut ecce peregrini poterant fideicommissa facere, et fere hæc fuit origo fideicommissorum; sed postea id prohibitum est; et nunc ex oratione divi Hadriani senatusconsultum factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur.

§ 285. Les pérégrins, par exemple, pouvaient recevoir par fidéicommis, et ce fut même presque la première origine des fidéicommis; mais, par la suite, cela fut prohibé; et maintenant, sur la proposition du divin Adrien, on a porté un sénatus-consulte qui autorise le fisc à revendiquer ces fidéicommis.

De la constitution par laquelle l'empereur Caracalla déclara citoyens tous les sujets de l'empire romain, faut-il conclure qu'on ne distingua plus entre les pérégrins et les citoyens, de telle sorte que la différence signalée par notre paragraphe n'eût plus d'application dès cette époque? — C'est ce qu'enseigne M. Ortolan, t. I, p. 294 et suiv. — Toutefois, nous croyons, avec de très-bons esprits, que la constitution de Caracalla ne statua qu'au profit de tous les sujets qui, au moment de sa promulgation, étaient aptes à devenir citoyens; d'où la conséquence que la classe des pérégrins subsista à l'égard de tous ceux qui, postérieurement, furent agrégés à l'empire (M. Demangeat, t. I, p. 164).

§ 286. Cælibes quoque, qui per legem Juliam hæreditates legataque capere prohibentur, olim fideicommissa videbantur capere posse. Item orbi, qui per legem Papiam, ob id quod liberos non habebant, dimidias partes hæreditatum legatorumque perdunt, olim solida fideicommissa videbantur capere posse. Sed postea senatusconsulto Pegasiano perinde fideicommissa quoque, ac legatum hæreditatesque capere posse prohibiti sunt; eaque translata sunt ad eos qui testamento liberos habent, aut si nullos

§ 286. Les célibataires aussi, qui, d'après la loi *Julia*, ne peuvent recevoir ni hérédité ni legs, pouvaient jadis recevoir des fidéicommis. De même, les *orbi*, qui, d'après la loi *Papia*, parce qu'ils n'ont pas d'enfants, perdaient la moitié des legs et hérédités qu'on leur déférait, pouvaient recevoir jadis des fidéicommis sans retenue. Mais, par la suite le sénatus-consulte Pégasien leur défendit de recevoir ni fidéicommis, ni legs, ni hérédités, et transféra les fidéicommis, les legs et hérédités à eux déférés, à ceux

liberos habebunt, ad populum, sicuti juris est in legatis et in hæreditatibus.

qui, étant inscrits dans le testament, ont des enfants, ou au peuple, comme un legs ou une hérédité, si aucun d'eux n'a d'enfants.

V. nos explications sous le § 199.

§ 287. Eadem aut simili ex causa autem olim incertæ personæ, vel posthumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamvis neque hæres institui, neque legari ei possit; sed senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est, idem in fideicommissis; quod in legatis hæreditatibusque constitutum est.

§ 287. Pour la même raison ou une raison semblable, on pouvait autrefois laisser un fidéicommis à une personne incertaine ou à un posthume externe, bien qu'on ne pût ni lui léguer ni l'instituer héritier; mais un sénatus-consulte, porté sur la proposition du divin Adrien, établit pour les fidéicommis la règle qui s'appliquait aux legs et aux hérédités.

Cette règle ne fut pas maintenue, et Justinien permit de léguer aux personnes incertaines (*Instit.*, *de legatis*, § 27), ainsi qu'aux posthumes externes (*eod.*, § 28).

§ 288. Item pœnæ nomine jam non dubitatur, nec per fideicommissum quidem relinqui posse.

§ 288. De même, il est certain maintenant qu'on ne peut pas laisser un fidéicommis à titre de peine.

V. ce que nous disons sous le § 235.

§ 289. Sed quamvis in multis juris partibus longe latior causa sit fideicommissorum, quam eorum, quæ directo relinquuntur; in quibusdam tantumdem valeant : tamen tutor non aliter testamento dari potest, quam directo, veluti hoc modo : LIBERIS MEIS TITIUS TUTOR ESTO, vel ita : LIBERIS MEIS TITIUM TUTOREM

§ 289. Mais, quoiqu'en plusieurs points de droit les fidéicommis laissent plus de latitude que les dispositions directes; quoique dans quelques autres ils laissent la même latitude, cependant un tuteur testamentaire ne peut être donné que directement, par exemple de cette manière : *Que Titius soit tuteur de mes*

DO; per fideicommissum vero dari non potest.

enfants, ou ainsi : *Je donne Titius pour tuteur à mes enfants;* mais on ne peut pas nommer un tuteur par fidéicommis.

Justinien a voulu, afin d'assurer davantage l'exécution des fidéicommis, que, dans le cas où il n'y aurait pas d'écrit constatant une telle disposition et où le nombre de cinq témoins, requis pour sa preuve, ferait défaut, le fidéicommissaire pût, après avoir juré lui-même de sa bonne foi, déférer le serment à l'héritier, afin qu'il jure n'avoir eu connaissance de rien de pareil de la part du testateur. S'il refuse de prêter ce serment, il devra acquitter le fidéicommis (*Instit.*, *loc. cit.*, § 12). — La même disposition est applicable au légataire et au fidéicommissaire qui serait soumis à la charge de restituer lui-même; et, si le grevé a nié d'abord, il devra payer, quoique, après avoir avoué par la suite, il se retranche dans les subtilités du droit.

COMMENTAIRE TROISIÈME.

De hæreditatibus quæ ab intestato deferuntur.

§ 1. Intestatorum hæreditates lege XII Tabularum primum ad suos hæredes pertinent.

Des hérédités ab intestat.

§ 1. L'hérédité *ab intestat* est d'abord déférée, d'après la loi des Douze Tables, aux héritiers siens.

Mourait *intestat* celui qui n'avait pas fait un testament ou dont le testament n'était pas valable, était rompu ou devenait inutile, ou ne produisait pas d'héritier qui pût ou voulût être tel (Justin., *Instit.*, *de hæredit. quæ ab intest. defer.*, *præm.*).

§ 2. Sui autem hæredes existimantur, *ut supra diximus*, liberi qui in potestate morientis fuerint, veluti filius filiave, nepos neptisve *ex filio*, pronepos proneptisve ex nepote, *ex* filio nato, prognatus prognatave ; nec interest utrum naturales sint liberi, an adoptivi; ita demum tamen nepos neptisve et pronepos proneptisve suorum hæredum numero sunt, si præcedens persona desierit *in potestate parentis esse*, *sive morte id acciderit*, sive alia ratione, veluti emancipatione; nam si per idem tempus quo quisque morietur, filius in potestate ejus sit, nepos ex eo suus hæres esse non potest ; idem et in cæteris deinceps libero-

§ 2. Sont héritiers siens les enfants qui se trouvaient sous la puissance du défunt au moment de sa mort, comme le fils ou la fille, le petit-fils ou la petite-fille par le fils, l'arrière-petit-fils ou l'arrière-petite-fille par le petit-fils né d'un fils: peu importe que ces enfants soient naturels ou adoptifs. Le petit-fils et la petite-fille, l'arrière-petit-fils et l'arrière-petite-fille ne sont héritiers siens que si la personne qui les précédait dans la famille a cessé d'être en puissance, soit par sa mort ou toute autre cause, telle que l'émancipation; si donc, au moment de sa mort, quelqu'un a son fils sous sa puissance, son petit-fils par ce fils

rum personis dictum intelligimus.

ne peut être son héritier sien; il en est de même pour tous les degrés de descendants.

Ce n'est qu'autant que le défunt est mort sans faire de testament que la qualité de l'enfant s'apprécie au jour du décès. Dans le cas contraire, c'est seulement à l'époque où il est certain qu'il n'y aura pas hérédité testamentaire qu'on doit se reporter, de telle sorte qu'il arrivera souvent que celui qui avait l'aptitude au jour du décès du *de cujus* ne l'aura plus au moment où l'ouverture de la succession aura lieu (Justin., *Instit.*, *de hæredit. quæ ab intest.*, § 7, et *de legitim. agnat. success.*, § 6).

§ 3. Uxor quoque quæ in manu est, sua hæres est, quia filiæ loco est; item nurus, quæ in filii manu est, nam et hæc neptis loco est; sed ita demum erit sua hæres, si filius, cujus in manu erit, quum pater moritur, in potestate ejus non sit; idemque dicimus et de ea quæ in nepotis manu matrimonii causa sit, quia proneptis loco est.

§ 3. L'épouse qui est *in manu* est héritier sien, comme étant au rang de fille, ainsi que la bru qui est *in manu* du fils, car elle est au rang de petite-fille; mais cette dernière ne sera héritier sien que si le fils dans la *manus* duquel elle se trouve au moment de la mort du père n'est plus en puissance; il en est ainsi de celle qui est comme épouse *in manu* du petit-fils, car on la considère comme petite-fille.

Aux §§ 110 et suivants du com. 1er, il a été traité des différentes manières en usage pour acquérir la *manus*. Nous avons déjà vu, sous les §§ 139 et suiv. et 159, com. 2, comment la fille et la petite-fille *in manu* étaient héritiers siens.

§ 4. Posthumi quoque qui si vivo parente nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui hæredes sunt.

§ 4. Les posthumes qui, s'ils étaient nés du vivant de leur ascendant, seraient tombés sous sa puissance, sont aussi héritiers siens.

A l'égard des posthumes, il faut se reporter à ce qui a été dit au com. 2, §§ 130 et suiv. et 156, où sont développées les règles qui les concernent.

§ 5. Idem juris est de his quorum nomine ex lege Ælia Sentia, vel ex senatusconsulto post mortem patris causa probatur; nam et hi, vivo patre causa probata, in potestate ejus futuri essent.

§ 5. Il en est ainsi de ceux au nom desquels, en vertu de la loi *Ælia Sentia* ou du sénatus-consulte, on a prouvé la cause après la mort de leur père, car ces enfants auraient été sous la puissance de leur père, si l'erreur avait été prouvée de son vivant.

V., pour l'intelligence de ce paragraphe, les §§ 30, 66 et suivants du com. 1, le § 142 du com. 2, et nos annotations.

§ 6. Quod etiam de eo filio qui ex prima secundave mancipatione post mortem patris manumittitur, intelligemus.

§ 6. Ce que nous venons de dire s'applique au fils qui est affranchi, après la mort de son père, d'une première ou d'une deuxième mancipation.

V. le § 141 du commentaire 2, qui veut que l'enfant qui rentre sous la puissance paternelle après la première ou la deuxième mancipation, rompe le testament fait par son père avant l'affranchissement.

§ 7. Igitur, quum filius filiave et ex altero filio nepotes exstant, pariter ad hæreditatem vocantur; nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit; æquum enim videbatur, nepotes neptesve in patris sui locum portionemque succedere; pari ratione et si nepos neptisve sit ex filio et ex nepote pronepos proneptisve, simul omnes vocantur ad hæreditatem.

§ 7. Si donc il existe un fils ou une fille et des petits-enfants d'un autre fils, on les appelle également à l'hérédité, le plus proche en degré n'excluant pas les plus éloignés ; il est juste, en effet, que les petits-fils et les petites-filles succèdent à la place de leur père et pour sa part ; par la même raison, s'il y a un petit-fils ou une petite-fille d'un fils, et un arrière-petit-fils ou une arrière-petite-fille d'un petit-fils, on les appelle tous à la fois à l'hérédité.

La loi romaine admettait ce qu'en droit français on appelle la *représentation* du fils défunt par ses enfants, ou du petit-fils du fils par ses enfants, lorsqu'il était décédé lui-même. Mais, qu'on le remarque, les enfants des filles, n'étant jamais

sous la puissance de l'auteur de leur mère, ne jouissaient pas de ce bénéfice.

§ 8. Et quia placebat nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes hæreditates dividi, ita ut filius partem dimidiam hæreditatis ferat, et ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam : item si ex duobus filiis nepotes exstent, et ex altero filio unus forte vel duo, ex altero tres aut quatuor, ad unum aut ad duos dimidia pars pertineat, et ad tres aut quatuor altera dimidia.

§ 8. Et comme il convenait d'appeler les petits-fils et petites-filles, les arrière-petits-fils et arrière-petites-filles à la succession à la place de leur ascendant, il a paru rationnel de diviser les hérédités par souche et non par tête, de manière que le fils ait la moitié de l'hérédité, et les deux ou plusieurs petits-fils par l'autre fils, l'autre moitié. S'il y a des petits-enfants de deux fils, un seul ou deux étant issus du premier, et trois ou quatre nés de l'autre, une moitié est déférée à cet enfant ou aux deux enfants du premier fils, l'autre moitié aux trois ou quatre enfants du second fils.

La règle de la représentation admise appelait logiquement celle de la division de l'hérédité par *souche.*

L'ancien droit civil n'appelant au rang des héritiers siens que les enfants ou petits-enfants en puissance, il en résultait que les enfants émancipés, ceux donnés en adoption et les descendants par les filles ne venaient pas recueillir la succession.

Cet état de choses fut heureusement changé par le droit prétorien et par les constitutions impériales.

Ainsi, à l'égard des enfants émancipés, le préteur décida qu'ils concourraient avec ceux qui étaient restés sous la puissance du *de cujus*, tout comme s'ils n'avaient pas été émancipés. Toutefois ils n'avaient pas la qualité d'*héritiers siens*, mais étaient seulement appelés à la succession au moyen de la possession de biens *undè liberi* (texte, *hìc*, §§ 26 et 32; — Justinien, *Inst., de hæredit. quæ ab intest.*, § 9).— Les enfants nés de l'émancipé postérieurement à l'émancipation jouissaient du même avantage dans le cas de prédécès de leur

père (L. 3, *pr.*, *de bonorum possess. contra tab.*), et, quant aux enfants nés avant l'émancipation de leur père et restés sous la puissance de leur aïeul, ils pouvaient aussi recourir à la possession de biens, quant à la succession de leur père (L. 6, § 3, *eod.*, et L. 21, *eod.*).

Quant aux enfants donnés en adoption ou qui s'étaient donnés en adrogation après leur émancipation, le droit prétorien leur donna la possession *undè liberi* dans le cas où ils seraient sortis de la puissance du père adoptif avant la mort de leur père naturel (Justin., *Instit.*, *de hæred. quæ ab intest.*, § 10, et *de exhered. liber.*, § 4). Mais, hors ce cas, ils n'avaient aucun droit sur les biens de leur père naturel : ils étaient donc moins favorablement traités que les simples émancipés. — Justinien vint à leur secours en décidant que, lorsqu'un ascendant naturel aurait donné son fils en adoption à un autre, tous les droits resteraient entiers, comme si cet enfant fût demeuré sous la puissance de son père naturel et qu'il n'y eût pas eu d'adoption. Cet empereur maintint toutefois le droit admis jusqu'à lui à l'égard de l'enfant pris en adoption par un ascendant maternel, de même qu'à l'égard d'un père de famille qui se donnait en adrogation (L. 10, Code, *de adopt.*, et *Instit.*, *de hæred. quæ*).

En ce qui concerne les descendants par les filles, une constitution de Théodose, Arcade et Valentinien, rapportée au Code Théodosien, livre v, constit. 5, leur attribue le même degré et le même ordre de succession qu'aux descendants par les mâles, sauf une diminution d'un tiers sur la part qu'aurait eue leur mère ou leur aïeule, alors qu'ils concouraient avec des descendants par mâles. Quand il n'y avait pas d'autres descendants qu'eux, ils prenaient les trois quarts de la succession, l'autre quart étant dévolu aux agnats. — Justinien alla plus loin, et ordonna que, tant qu'il survivrait des petits-enfants ou arrière-petits-enfants issus d'un fils ou d'une petite-fille, les agnats ne pourraient rien retenir de la succession (*Instit.*, *loc. cit.*, § 16).

§ 9. Si nullus sit suorum hæredum, tunc hæreditas pertinet ex eadem lege XII Tabularum ad agnatos.

§ 9. Lorsqu'il n'y a pas d'héritier sien, l'hérédité est déférée aux agnats, d'après la même loi des Douze Tables.

A défaut d'héritiers siens, les *agnats* étaient appelés à l'hérédité.

§ 10. Vocantur autem agnati, qui legitima cognatione juncti sunt; legitima autem cognatio est ea quæ per virilis sexus personas conjungitur; ita qui eodem patre nati sunt fratres, agnati sibi sunt, qui etiam consanguinei vocantur : nec requiritur an *etiam* matrem eamdem habuerint; item patruus fratris filio, et invicem is illi agnatus est; eodem numero sunt fratres patrueles inter se, id est, qui ex duobus fratribus progenerati sunt, quos plerique etiam consobrinos vocant; qua ratione scilicet etiam ad plures gradus agnationis pervenire poterimus.

§ 10. On appelle agnats ceux qui sont unis entre eux par cognation légitime : la cognation légitime est celle qui se forme par les personnes du sexe mâle; ainsi deux frères d'un même père sont agnats entre eux; de plus, ils sont consanguins : on ne considère pas s'ils sont nés de la même mère; de même, l'oncle paternel est agnat du fils de son frère, et réciproquement : sont aussi agnats entre eux deux frères *patrueles*, c'est-à-dire les enfants de deux frères, que la plupart appellent cousins. Par l'application de ce que nous venons de dire, on pourra reconnaître plusieurs degrés d'agnation.

On nommait agnats les parents par les mâles : ainsi tous les enfants du père, qu'ils fussent mâles ou femelles; de même les *descendants par mâles*, quel que fût leur sexe, mais non les descendants par les filles (texte, §§ 14, 23 et 29; *Instit.*, *de leg. agnat. succes.*, § 3), pourvu qu'ils ne fussent sortis de la famille ni les uns ni les autres (L. 195, § 2, ff. *de verbor. signif.*). Et comme il était nécessaire, afin de succéder à quelqu'un, d'avoir pu se trouver avec lui sous la puissance de l'auteur commun (Paul, *Sent.*, liv. IV, tit. XI, § 8), condition difficile à réaliser au delà d'un certain degré, la loi n'avait reconnu et constitué que sept degrés de succession (*eod.*, et L. 195, ff. *de verb. signif.*). — Un agnat du 8e degré n'aurait donc pu succéder au *de cujus* à ce titre; mais, dans ce cas, il pouvait invoquer les droits de *gentilité* (*V. infrà*, § 17).

Au surplus, il ne suffisait pas toujours d'être *agnat*, même au degré le plus proche, pour recueillir l'hérédité à défaut

d'héritiers siens. Une jurisprudence intermédiaire avait, en effet, considéré deux ordres d'agnation : celui des agnats *consanguins* et celui des agnats proprement dits. Les premiers étaient les agnats frères et sœurs, enfants du premier degré d'un père commun ; ils avaient des droits réciproques sur la succession l'un de l'autre. Les autres agnats n'étaient appelés à la succession de leurs agnats ou agnates qu'autant qu'ils étaient descendants par les mâles. Ainsi l'oncle succédait à la fille de son frère, et le cousin par mâle à la fille de son oncle paternel ou de sa tante paternelle ; mais la nièce ne succédait pas à son oncle, non plus que la cousine au fils de son oncle, de sa tante (*Instit.*, *loc. cit.*).

Cette jurisprudence, qui datait de la fin du VI[e] siècle de Rome, prévalut jusqu'en 498 après J.-C. Les préteurs ne firent rien pour l'agnation et ne protégèrent aucunement soit les frères ou sœurs émancipés, soit les descendants mâles de frères émancipés ou donnés en adoption, soit les descendants par les femmes, toutes les fois qu'un de ces agnats protégé par la jurisprudence intermédiaire se présentait pour recueillir. — Ils admirent toutefois que, lorsqu'aucun agnat de cette qualité n'était apte à recueillir, les émancipés, les adoptés et les descendants par les femmes seraient appelés à leur rang, selon leur degré de parenté, en qualité de cognats.

L'empereur Anastase ordonna, par sa constitution de 498, que les frères et sœurs *émancipés* viendraient prendre part à la succession de leurs frères et sœurs restés dans la famille, mais seulement pour y recueillir moitié de ce qui revenait à ces derniers.

Justinien fit beaucoup plus : ainsi, il rendit d'abord aux *descendantes*, agnates par les mâles, le droit de succéder tel que le reconnaissait la loi des Douze Tables (*Instit.*, *de legit. agnat. success.*, § 3). Il déclara, en outre, par une constitution de l'an 534, que les frères et sœurs émancipés concourraient sans diminution avec ceux qui étaient restés dans la famille, et qu'il en serait de même de leurs enfants du premier degré. Enfin, il voulut que les frères et sœurs *utérins* pussent concourir comme agnats avec des frères et sœurs réellement agnats, de même que le premier degré de leurs enfants (L. 15, §§ 1 et 3, Code, *de leg. hæred.*, et § 4, *Instit.*, *loc. cit.*).

§ 11. Non tamen omnibus simul agnatis dat lex XII Tabularum hæreditatem, sed his qui tunc, quum certum est aliquem intestato decessisse, proximo gradu sunt.

§ 11. La loi des Douze Tables ne défère pas l'hérédité à tous les agnats à la fois, mais à ceux qui sont les plus proches en degré, lorsqu'on est certain que le défunt est mort intestat.

La proximité s'appréciait au moment où il était certain que le défunt n'aurait pas d'héritier testamentaire (*Instit.*, *eod.*, § 6; — *infrà*, § 13).

§ 12. Nec in eo jure successio est; ideoque si agnatus proximus hæreditatem omiserit, vel antequam adierit, decesserit, sequentibus nihil juris ex lege competit.

§ 12. Il n'y a pas de dévolution dans cet ordre d'héritiers; si donc l'agnat le plus proche ne veut pas recueillir l'hérédité ou meurt avant d'avoir fait adition, la loi des Douze Tables n'accorde rien aux degrés suivants.

D'après la pratique suivie, et même suivant le droit prétorien, il n'y avait pas dévolution d'un degré d'agnation ne recueillant pas au degré d'agnation venant après lui. Dans cette hypothèse, la cognation était appelée à l'hérédité, de telle sorte que celui qui aurait été apte à recueillir comme premier agnat, à défaut de celui qui était incapable ou qui refusait, pouvait très-bien être écarté, parce qu'il n'était pas le plus proche dans l'ordre des cognats. Justinien changea cela et admit la dévolution (*loc. cit.*, § 7).

§ 13. Ideo autem non mortis tempore quis proximus sit requirimus, sed eo tempore quo certum fuerit aliquem intestatum decessisse, quia si quis testamento facto decesserit, melius esse visum est, tunc ex iis requiri proximum, quum certum esse cœperit, neminem ex eo testamento fore hæredem.

§ 13. C'est pourquoi ce n'est pas au moment de la mort que nous recherchons quel est le plus proche en degré, mais bien au moment où il est certain que quelqu'un est mort intestat, car si quelqu'un meurt après avoir testé, il a paru plus convenable de ne rechercher l'agnat le plus proche qu'alors qu'il y a certitude que personne ne sera héritier en vertu du testament.

Cette règle était générale et s'appliquait à toutes les successions *ab intestat* (*suprà*, § 1). Remarquons, au surplus, qu'il était nécessaire d'avoir été au moins conçu au moment du décès du *de cujus* pour pouvoir lui succéder (L. 195, § 2, ff. *de verb. signif.*; — Justin., *Inst.*, *de hæred. quæ ab intest.*, § 8, et *de legit. agnat. succ.*, § 6).

§ 14. Quod ad feminas tamen attinet, in hoc jure aliud in ipsarum hæreditatibus capiendis placuit, aliud in cæterorum bonis ab his capiendis, nam feminarum hæreditates perinde ad nos agnationis jure redeunt, atque masculorum: nostræ vero hæreditates ad feminas ultra consanguineorum gradum non pertinent; itaque soror fratri sororive legitima hæres est; amita vero et fratris filia legitima hæres esse non potest; sororis autem nobis loco est etiam mater aut noverca, quæ per in manum conventionem apud patrem nostrum jura filiæ consecuta est.

§ 14. Pour ce qui regarde les femmes, on n'applique pas le même droit, quand il s'agit de l'attribution de leurs hérédités, que lorsqu'elles doivent recueillir les biens héréditaires d'autres personnes; car l'hérédité des femmes nous revient par droit d'agnation, comme celle des mâles, au lieu que nos hérédités n'arrivent pas aux femmes au delà du degré de consanguines: ainsi la sœur est héritière légitime de son frère ou de sa sœur, mais la tante et la nièce ne peuvent être héritières. Toutefois la mère et la marâtre sont considérées comme sœurs à leurs fils ou filiâtre, car, par la convention *in manu* elles ont pris le rang de filles du père.

Les descendants par les femmes n'étaient pas agnats; ils ne pouvaient donc invoquer cette qualité pour succéder. Quant aux femmes agnates autres que les consanguines, elles étaient exclues par une jurisprudence intermédiaire (*V.*, sous le § 10, nos explications).

§ 15. Si ei qui defunctus erit, sit frater et alterius fratris filius, sicut ex superioribus intelligitur, frater prior est, quia gradu præcedit; sed alia facta est juris inter-

§ 15. Si un défunt laisse son frère et un neveu fils de son autre frère, comme on le comprend d'après ce que nous avons dit plus haut, le frère est appelé le premier comme

pretatio inter suos hæredes.

plus proche en degré : l'interprétation n'est pas la même quand il s'agit d'héritiers siens.

§ 16. Quod si defuncti nullus frater exstet, sed sint liberi fratrum, ad omnes quidem hæreditas pertinet; sed quæsitum est, si dispari forte numero sint nati, ut ex uno unus vel duo, ex altero tres vel quatuor, utrum in stirpes dividenda sit hæreditas, sicut inter suos hæredes juris est, an potius in capita; jamdudum tamen placuit in capita dividendam esse hæreditatem; itaque quotquot erunt ab utraque parte personæ, in tot portiones hæreditas dividetur, ita ut singuli singulas portiones ferant.

§ 16. Si le défunt ne laisse aucun frère, mais des enfants de ses frères, l'hérédité est dévolue à ces enfants; mais on demande si, dans le cas où ils sont en nombre inégal, comme lorsqu'il n'y a qu'un enfant ou deux de l'un des frères et trois ou quatre de l'autre frère, l'hérédité se partage par souche, comme entre les héritiers siens, ou plutôt par tête. On admet, de nos jours, que l'hérédité se divise par tête; aussi, autant il y aura de personnes des deux côtés, autant on fera de portions, de manière que chacun prenne une de ces portions.

Dans cet ordre de succession, la représentation n'était pas admise, et le degré le plus proche excluait toujours les autres degrés : ainsi un frère n'avait pas à subir le concours avec les enfants d'un autre frère.

§ 17. Si nullus agnatus sit, eadem lex XII Tabularum gentiles ad hæreditatem vocat; qui sint autem gentiles, primo commentario retulimus; et quum illic admonuerimus totum gentilitium jus in desuetudinem abiisse, supervacuum est hoc quoque loco de eadem curiosius tractare.

§ 17. Lorsqu'il n'y a pas d'agnats, la loi des Douze Tables appelle les *gentiles* à l'hérédité : nous avons expliqué au premier commentaire ce que c'étaient que les *gentiles;* et, comme alors nous avons averti que tout le droit de gentilité est tombé en désuétude, il serait superflu de parler ici plus longuement sur cette matière.

Le passage du com. 1 où Gaïus traitait des *gentiles* n'a pu être rétabli.

Si l'on se rappelle que les agnats ne succédaient pas au delà du septième degré, « parce que, dit Paul (*Sentences*, liv. IV, tit. XI, § 8), il n'est pas dans la nature des choses qu'on puisse retrouver les noms au delà de ce degré, et parce que la vie des successibles ne peut pas se prolonger au delà, » on sera porté à croire que les *gentiles* de la loi des Douze Tables étaient précisément ces collatéraux qui venaient après le septième degré et qui établissaient leur généalogie de manière à faire reconnaître leur nom. Si le dernier membre de la phrase de Paul doit s'entendre en ce sens que, pour succéder à un agnat, il faut avoir été dans des conditions telles que l'on aurait pu se trouver avec lui sous la puissance de l'auteur commun, ce qui est impossible au delà du septième degré de parenté collatérale , on n'en concevra que plus aisément que les *gentiles* venaient à leur succession réciproque en leur qualité de collatéraux de même nom et de même famille, quoiqu'ils ne fussent pas dans les conditions voulues pour y venir comme agnats. Ulpien (L. 195, § 2, ff. *de verbor. signif.*) nous fournit, du reste, la preuve que l'interprétation que nous donnons de la phrase de Paul est exacte, lorsqu'il dit qu'on appelait *agnats* tous les membres de la famille qui s'étaient trouvés réunis sous la puissance du même chef.

Rien ne me paraît plus simple que cette théorie, et surtout plus conforme à la définition que Cicéron nous donne des *gentiles* en ces termes : « *Gentiles sunt qui inter se eodem nomine sunt; non est satis : qui ab ingenuis oriundi sunt*, *nec id quidem satis est, quorum majorum nemo servivit : abest etiam nunc, qui capite non sunt deminuti. Hoc fortasse satis est.* »

C'étaient celle de Cujas, qui dit (LL. 28 et 29, ff. *de verbor. signif.*) : « *Gentiles sunt qui sunt ex diversis familiis, eodem tamen genere, eodemque sanguine et nomine* ; » celles de Sigonius (note sur le § 1 du liv. IV de Tite-Live), de Godefroy, sur la loi 1, ff. *de probat.*, d'Heineccius, *Antiq.* III, 2-12, et de Pothier. Elle a été reproduite de nos jours par M. Troplong, *Revue de législ.*, t. I de 1847, p. 1 et suiv. — Cette opinion a, toutefois, contre elle la plupart des jurisconsultes modernes allemands et, dans notre pays, MM. Giraud, Ortolan et Demangeat. On dit, en premier lieu, que l'agnation appelait à la

succession légitime tous les agnats, *etiam longissimo gradu*; d'où la conséquence que la gentilité, n'attribuant l'hérédité qu'à défaut d'agnats, ne supposait pas nécessairement la parenté naturelle, mais une parenté purement civile. On ajoute que Cicéron, dans la définition précitée, qu'il donne comme un modèle d'exactitude, n'indique pas que la gentilité supposât l'identité d'origine : il ne parle que du *nomen*, ce qui est bien différent. On ne peut donc suppléer à son silence et ne voir dans les *gentiles* que des personnes *ex eodem sanguine*. On dit aussi qu'à Rome la *gens* n'était qu'une fraction politique municipale, sans considération des liens du sang; que cela ressort de plusieurs documents historiques, notamment d'un passage de Catulle (*Ad Manlium*, vers 121 à 124), où le poëte représente un *gentilis* comme un vautour qui convoite le bien d'autrui, parce qu'il attend la succession d'un vieillard. Si ce *gentilis* avait des espérances fondées sur la parenté naturelle, le peindrait-on sous un jour aussi odieux? On fait remarquer, enfin, que la *gens* civile et municipale peut seule faire comprendre comment la *gens Fabia* comptait trois cent six hommes en état de porter les armes (Tite-Live, liv. II, ch. 49 et 50), et comment la *gens Claudia* était si imposante par le nombre de ses membres.

Partant de ces données, Niebuhr enseigne, *Hist. romaine*, t. II, p. 1 et suiv., que la succession des *gentiles* était déférée, non à une personne désignée, mais à la *gens*, à l'agrégation entière; d'où il suit qu'elle n'était pas une succession régulière entraînant réciprocité, mais une succession anormale. M. Giraud, *Rev. de législ.*, t. III, 1846, p. 385 et suiv., a reproduit cette manière de voir. M. Ortolan a imaginé sur ce point un système tout aussi ingénieux, d'après lequel la succession arrivait, par droit de gentilité, aux descendants d'une famille affranchissante, relativement aux biens du descendant d'un affranchi de cette famille qui ne laissait point d'agnat pour recueillir son hérédité.

Pour renverser toutes ces conjectures, peu de mots paraissent devoir suffire. — Disons d'abord que si quelques textes de l'ancien droit, reproduits plus ou moins exactement par les compilations de Justinien, portent que les agnats succédaient *etiamsi longissimo gradu*, il n'en est aucun d'authentique qui

s'exprime ainsi; que le passage par nous rappelé ci-dessus du jurisconsulte Paul dit, au contraire, *qu'il n'y avait que sept degrés de succession légitime,* soit en ligne directe, soit en ligne collatérale. On voudra bien, après cela, remarquer que Gaïus ne dit point, comme les *Institutes* de Justinien, que les agnats succédaient, à quelque degré qu'ils fussent, et qu'en indiquant, au § 27 ci-dessous, qu'avant tout cognat le préteur appelait l'agnat restant, il dit « *etiamsi* LONGIORE *gradu fuerit,* » au lieu de : « *etiamsi* LONGISSIMO *gradu sit.* »

Quant à l'argument tiré de ce que, dans la définition donnée par Cicéron des *gentiles*, il n'est pas question d'une parenté naturelle, d'une descendance *ex sanguine*, pour le renverser il suffirait de dire que cette définition ne parle pas davantage d'une parenté civile; d'où il suit que, dans l'opinion de nos adversaires, comme dans celle que nous adoptons, on est obligé d'ajouter à cette définition, quoique son auteur nous la donne comme complète. Mais il y a plus : il résulte de tout le droit ancien que le mot *gens* désignait la famille naturelle, procédant d'un auteur commun : « *Rectè ejusdem* FAMILIÆ *appellabuntur*, dit le § 2 de la L. 195, ff. *de verb. signif.*, *qui ex eâdem domo et* GENTE *proditi sunt.* » « *Homines deorum agnatione et* GENTE *tenentur,* » avait déjà dit Cicéron, *de leg.*, 1. — A l'égard des vers dans lesquels Catulle stygmatise le *gentilis* qui convoite la succession d'un vieillard, que prouvent-ils, sinon que le poëte trouvait singulier qu'on appelât à la succession d'un mourant un parent éloigné, qui n'avait sur son parent que des vues intéressées? Et cette autre critique adressée à notre opinion, que les trois cent six membres de la *gens Fabia* ne peuvent se concevoir qu'autant qu'on considère la *gens* comme une agrégation civile, quelle est sa portée ? Est-il besoin de rappeler à ceux qui la font que la *gens-famille* pouvait se recruter par l'adoption?

Je terminerai par une question. Je dirai aux partisans des systèmes que je combats, en leur rappelant que la loi civile ancienne n'admettait que sept degrés de succession : « A qui la loi des Douze Tables accordait-elle la succession des *personnes ingénues dont aucun des aïeux n'avait été en servitude, et qui n'étaient pas diminuées de tête*, quand ces personnes ne laissaient ni héritiers siens ni agnats du septième

degré? » La réponse à cette question se trouve, selon nous, dans ces lignes que M. Ortolan a placées à la page 199 de son *Histoire de la Législation romaine* : « Les citoyens issus d'une source commune, d'origine perpétuellement ingénue, dont aucun des aïeux n'a jamais été en une servitude ni clientèle quelconque, qui, par conséquent, se forment à eux-mêmes, de génération en génération, leur propre généalogie, et qui sont unis par les liens de la parenté civile, constituent dans leur ensemble une *gens*; ils *sont entre eux* à la fois agnats et *gentiles*. » — En conséquence, ajouterai-je en concluant, ils sont appelés réciproquement à leur hérédité légitime, en l'absence d'héritiers siens et d'agnats.

§ 18. Hactenus lege XII Tabularum finitæ sunt intestatorum hæreditates : quod jus quemadmodum strictum fuerit, palam est intelligere.

§ 18. La loi des Douze Tables n'en dit pas davantage sur les hérédités *ab intestat* : il est facile de voir que le droit qu'elle établit sur ce point est fort restreint.

§ 19. Statim enim emancipati liberi nullum jus in hæreditatem parentis ex ea lege habent, quum desierint sui hæredes esse.

§ 19. Les enfants émancipés n'avaient, en effet, aucun droit à l'hérédité de leur ascendant, puisqu'ils avaient cessé d'être héritiers siens.

V. nos explications sous le § 8.

§ 20. Idem juris est si ideo liberi non sint in potestate patris, quia sint cum eo civitate Romana donati, nec ab imperatore in potestatem redacti fuerint.

§ 20. Il en était ainsi des enfants qui n'étaient pas *en* puissance de leur père, lequel les avait offerts à la cité romaine avec lui, et que l'empereur n'avait pas placés sous cette puissance.

V., au comm. 1er, le § 93.

§ 21. Item agnati capite deminuti non admittuntur ex ea lege ad hæreditatem, quia nomen agnationis capitis deminutione perimitur.

§ 21. La loi des Douze Tables n'admet pas non plus à l'hérédité les agnats diminués de tête, parce que leur qualité d'agnat se perd par la diminution de tête.

V. ce que nous avons dit sous le § 9.

§ 22. Item proximo agnato non adeunte, *ad* hæreditatem nihilomagis sequens jure legitimo admittitur.

§ 22. Si l'agnat le plus proche ne fait pas adition, l'agnat qui vient après lui n'est pas admis à l'hérédité légitime.

V. notre note sous le § 12.

§ 23. Item feminæ agnatæ, quæcunque consanguineorum gradum excedunt, nihil juris ex lege habent.

§ 23. Les femmes agnates n'ont rien, d'après l'interprétation de cette loi, quand elles sont au delà du degré de consanguines.

Il faut recourir à nos explications sous le § 9 pour entendre celui-ci.

§ 24. Similiter non admittuntur cognati, qui per feminini sexus personas necessitudine junguntur, adeo quidem, ut nec inter matrem et filium filiamve ultro citroque hæreditatis capiendæ jus competat, præterquam si per in manum conventionem consanguinitatis jura inter eos constiterint.

§ 24. On n'admet pas non plus les cognats qui sont unis entre eux par des personnes du sexe féminin, tellement que le droit de se succéder réciproquement n'existe pas entre la mère et le fils, à moins que, par la convention *in manu*, les droits de consanguinité n'aient été établis entre eux.

Le sénatus-consulte Tertullien, porté en l'an 158 de J.-C., accordait à la mère ayant trois ou quatre enfants, suivant qu'elle était ingénue ou affranchie, mais non à l'aïeule, le droit de recueillir la succession de ses enfants, alors que ces derniers mouraient intestats et sans enfants et que leur père n'existait plus ou ne réclamait pas l'hérédité. Le frère consanguin du fils ou de la fille excluait aussi la mère; quant à la sœur consanguine, elle concourait avec la mère (Justin., *Instit., de S.-C. Tertulliano*, § 3). Justinien voulut que la mère pût recueillir alors même qu'elle n'aurait eu que l'enfant *de cujus*, et qu'elle appréhendât toute la succession, à l'exclusion des héritiers autres que les frères et sœurs agnats ou cognats. S'il ne restait avec la mère du défunt ou de la défunte que des

sœurs agnates ou cognates, la mère avait la moitié. Si le *de cujus* laissait un frère ou des frères seuls, ou en même temps des sœurs agnates ou cognates, la succession se partageait par têtes (Constit. 2, au C., *de jure liber.*, et *Instit.*, *loc. cit.*, §§ 4 et 5).

Par réciprocité, le sénatus-consulte Orphitien, rendu vingt ans après le précédent, ordonna que le fils ou la fille succéderait à sa mère, de préférence aux agnats de la mère (*Instit.*, *pr.*, *de S.-C. Orphitiano*). Plus tard, ce droit fut étendu aux petits-fils et aux petites-filles (*eod.*).

§ 25. Sed hæ, juris iniquitates edicto prætoris emendatæ sunt.

§ 25. Mais l'édit du préteur a corrigé ces iniquités du droit civil.

§ 26. Nam omnes qui legitimo jure deficiuntur, vocat ad hæreditatem proinde ac si in potestate parentum mortis tempore fuissent, sive soli sint, sive etiam sui hæredes, id est, qui in potestate patris fuerunt, concurrant.

§ 26. Car tous ceux qui sont déçus de l'hérédité légitime, le préteur les appelle à l'hérédité, comme si, à la mort de l'ascendant, ils s'étaient trouvés sous sa puissance, qu'ils soient seuls appelés à recueillir ou en concours avec des héritiers siens, c'est-à-dire des enfants qui étaient restés en puissance.

En l'absence d'héritiers siens ou considérés comme tels, et d'agnats ou de parents appelés au rang d'agnats, le préteur déférait la succession aux cognats les plus proches.

Les cognats étaient les personnes unies entre elles par les liens du sang, qu'elles fussent parentes par les hommes ou par les femmes. Ainsi les membres d'une même famille naturelle étaient cognats entre eux, et cette qualité ne disparaissait pas, comme l'agnation, par la diminution de tête. Ainsi encore, les descendants par les femmes étaient cognats entre eux, quoiqu'ils n'eussent jamais fait partie de la même famille civile; ils étaient également cognats de leurs parents restés dans la famille civile, et, réciproquement, ceux-ci étaient leurs cognats.

C'était le plus proche cognat qui était appelé le premier à la succession (texte, § 27, et Justin., *Instit.*, *de success. cognat.*, *præm.*), et cela sans distinction de qualité entre les cognats.

Ainsi, avant que le sénatus-consulte Orphitien eût été rendu, le petit-fils venait dans la succession de son aïeule en concours avec le frère de cette dernière, et l'arrière-petit-fils était exclu par ce frère, car le frère était au second degré des cognats, de même que le petit-fils, et l'arrière-petit-fils n'était qu'au troisième degré.—Depuis ce sénatus-consulte, le fils ou la fille succéda à sa mère, et le petit-fils et la petite-fille eurent le même droit, d'après le droit civil; d'où il suit que ce petit-fils et cette petite-fille ne subissaient pas le concours avec le frère ou la sœur de leur aïeule; mais les enfants de ce petit-fils ou de cette petite-fille étaient exclus par le frère ou la sœur de leur trisaïeule, puisqu'ils n'étaient qu'au troisième degré, tandis que les autres étaient au second.

§ 27. Agnatos autem capite deminutos non secundo gradu post suos hæredes vocat, id est, non eo gradu vocat, quo per legem vocarentur, si capite minuti non essent; sed tertio proximitatis nomine: licet enim capitis deminutione jus legitimum perdiderint, certe cognationis jura retinent; itaque si quis alius sit, qui integrum jus agnationis habebit, is potior erit, etiamsi longiore gradu fuerit.

§ 27. Le préteur n'appelle pas au second degré, après les héritiers siens, les agnats diminués de tête, c'est-à-dire qu'il ne les appelle pas dans le rang où la loi les placerait s'ils n'étaient pas diminués de tête; mais il les admet au troisième rang, à raison de leur proximité : car, quoiqu'ils aient perdu l'hérédité légitime par la diminution de tête, ils conservent les droits de cognation ; si donc il reste un agnat qui n'a pas perdu cette qualité, il sera appelé le premier, quoique plus éloigné en degré.

Ce n'était qu'à défaut d'héritiers siens et d'agnats que la succession arrivait aux cognats, sauf ce qui a été dit plus haut relativement au frère et à la sœur émancipés (Justin., *Instit.*, *de gradibus cognat.*, § 12), qui excluaient le cognat plus proche qu'eux, malgré leur diminution de tête (*suprà*, § 9).

§ 28. Idem juris est, ut quidam putant, in ejus agnati persona, qui, proximo agnato omittente hæreditatem, nihilo-

§ 28. Il en est ainsi, comme pensent quelques auteurs, de l'agnat qui n'est pas appelé à l'hérédité légitime, quand

magis jure legitimo admittitur; sed sunt qui putant, hunc eodem gradu a prætore vocari, quo etiam per legem agnatis hæreditas datur.

l'agnat premier en degré n'a pas accepté l'hérédité; mais des auteurs pensent que cet agnat est appelé par le préteur dans le degré auquel la loi des Douze Tables confère l'hérédité aux agnats.

C'est-à-dire que cet agnat, qui n'est pas premier en degré, ne passe pas au troisième rang, mais vient dans l'ordre des agnats avant tous les cognats. La dévolution fut admise par le préteur dans ce cas particulier (*suprà*, § 12).

§ 29. Feminæ certe agnatæ, quæ consanguineorum gradum excedunt, tertio gradu vocantur, id est, si neque suus hæres, neque agnatus ullus erit.

§ 29. Les femmes agnates qui n'ont pas le degré de consanguines sont aussi appelées en troisième ordre, c'est-à-dire quand il n'existe ni héritiers siens ni agnats.

V. ce qui a été dit *suprà*, § 9.

§ 30. Eodem gradu vocantur etiam eæ personæ quæ per feminini sexus personas copulatæ sunt.

§ 30. Dans le même ordre, on appelle les personnes qui tiennent au défunt par les femmes.

Il est nécessaire de se reporter aux explications ci-dessus (§ 9), pour l'intelligence de notre texte.

§ 31. Liberi quoque qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hæreditatem hoc eodem gradu vocantur.

§ 31. Les enfants placés dans une famille adoptive sont également appelés dans le troisième ordre à l'hérédité de leur père naturel.

On a vu, *suprà*, les modifications apportées par Justinien aux effets de l'adoption.

§ 32. Quos autem prætor vocat ad hæreditatem, hi hæredes ipso quidem jure non fiunt, nam prætor hæredes facere non *potest : per legem*

§ 32. Mais ceux que le préteur appelle à l'hérédité ne deviennent pas héritiers d'après le droit civil, car le préteur ne peut pas faire d'héri-

enim tantum, vel similem juris constitutionem hæredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutionem principalem; sed quum eis quidem prætor *dat bonorum possessionem*, *loco hæredum constituuntur.*

tiers : la loi seule, en effet, une constitution impériale ou un décret du sénat peuvent faire des héritiers. Mais quand le préteur leur a donné la possession des biens, ils sont regardés comme héritiers.

Nous croyons utile de placer ici un tableau des différents degrés de cognation appelés à la succession prétorienne.

Degrés.	LIGNE descendante.	LIGNE ascendante.	LIGNE COLLATÉRALE.			
1	Filius, filia.	Pater, mater.				
2	Nepos, neptis.	Avus, avia.	Frater, soror.			
3	Pronepos, proneptis.	Proavus, proavia.	Patruus, amita, avunculus, matertera.	Fratris sororisve filius, filia.		
4	Abnepos, abneptis.	Abavus, abavia.	Patruus magnus, amita magna, avunculus magnus, matertera magna.	Consobrinus, consobrina.	Fratris sororisve nepos, neptis.	
5	Adnepos, adneptis.	Atavus, atavia.	Propatruus, proamita, proavunculus, promatertera.	Propior sobrino, propior sobrinæ.	Consobrini consobrinæve filius, filia.	Fratris sororisve pronepos, proneptis.
6	Trinepos, trineptis	Tritavus, tritavia.	Abpatruus, abamita, abavunculus, abmatertera.	Propatrui, proamitæ, proavunculi, promaterteræ filius, filia.	Sobrinus, sobrina.	Consobrini consobrinæve, nepos, neptis, fratris, sororisve abnepos, abneptis.

§ 33. *Adhuc autem* alios ac *complures gradus prætor facit in bonorum possessione danda*, *dum id agit*, *ne quis sine successore moriatur* : de quibus in his commentariis con*silio*. . . . hoc jus totum propriis commentariis. . . . . solum admonuisse sufficit. . . (*Pagina desideratur*. Conf. *Instit*. Justin., liv. III, tit. IX.)

§ 33. Le préteur a établi plusieurs autres degrés de possession des biens, pour qu'un défunt ne meure pas sans successeurs : nous en avons parlé dans nos commentaires spéciaux : qu'il nous suffise d'en avoir donné avertissement. . . . . *(Illisible.)*

Gaïus avait fait un commentaire sur l'édit. Il y avait développé sans doute tout ce qui concerne les possessions de biens. —*V. Instit.*, liv. III, tit. IX.

§ 34. *Aliquando neque emendandi neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia prætor pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte facto testamento instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem; item ab intestato* hæredes suos et agnatos ad bonorum possessionem vocat; quibus casibus beneficium ejus in eo solo videtur aliquam utilitatem *habere*, *quod* is, qui ita bonorum possessionem *petit*, interdicto, cujus principium est QUORUM BONORUM, uti possit; cujus interdicti quæ sit utilitas, suo loco proponemus; alioquin remota quoque bonorum possessione ad eos hæreditas pertinet jure civili.

§ 34. Quelquefois le préteur promet la possession des biens, non pour corriger ou combattre le droit civil, mais pour le confirmer, car il donne celle *secundum tabulas* à ceux qui sont institués dans un testament valablement fait; il appelle aussi *ab intestat* à la possession des biens les héritiers siens et les agnats; dans ces cas, la possession des biens ne paraît être utile qu'en ce qu'elle donne la faculté à celui qui l'a obtenue de pouvoir user de l'interdit qui commence ainsi: *quorum bonorum*. Nous expliquerons en son lieu l'utilité de cet interdit; mais, quoique la possession des biens ne leur soit pas accordée, l'hérédité leur appartient, d'après le droit civil.

Les possessions de biens étaient le moyen pratique employé par le préteur à l'effet d'assurer à certaines personnes le bénéfice d'une succession. Elles avaient pour objet soit de confirmer le droit civil, soit de suppléer à ses lacunes, soit enfin d'en empêcher l'application.

Quand la possession de biens était donnée à l'héritier du droit civil, par exemple à celui qui, valablement institué, obtenait la possession *secundum tabulas*, ou à l'héritier sien qui réclamait celle *undè liberi*, ou à l'agnat qui faisait usage de la possession *undè legitimi*, le droit prétorien ne faisait que confirmer le droit civil.

Lorsque les cognats étaient appelés à la succession et protégés par la possession de biens *undè cognati*, c'était par extension du droit civil, qui, depuis la désuétude de l'hérédité

dans l'ordre des *gentiles*, laissait en déshérence un grand nombre de successions.

Quand le préteur accordait aux enfants omis dans le testament du père de famille la possession de biens *contra tabulas*, ou quand il appelait à la succession *ab intestat* les enfants émancipés avec les héritiers siens, il contrariait ou corrigait le droit civil.

On distinguait les possessions de biens testamentaires de celles *ab intestat*.

D'après les titres II et IV du livre XXXVII, au Digeste, et le § 3 du titre *de bonorum possessionibus*, aux *Institutes*, les possessions de biens testamentaires étaient au nombre de deux : la première, appelée *contra tabulas*, était accordée aux enfants omis par le testateur ; la seconde, dite *secundum tabulas*, était donnée aux héritiers institués, soit conformément aux règles du droit civil, et qui voulaient profiter des avantages établis par le droit prétorien, du bénéfice de l'interdit *quorum bonorum*, par exemple, soit seulement suivant les conditions requises par le droit prétorien (*V.* C. 2, §§ 119, 148 et suiv.).

On distinguait, quant à la succession *ab intestat* des personnes ingénues, quatre espèces de possessions de biens, savoir :

1° La possession de biens *undè liberi ;*

2° Celle *undè legitimi ;*

3° Celle *undè cognati ;*

4° Celle *undè vir et uxor.*

La première était donnée aux héritiers siens et à ceux qui leur étaient assimilés (*Instit.*, *de bonor. posses.*, § 3). Comme, suivant ce qui a été dit plus haut, les femmes n'avaient pas d'héritiers siens, il en résulte que cette espèce de possession de biens ne pouvait être accordée dans leur succession.

La possession *undè legitimi* était donnée aux agnats et à ceux que les constitutions avaient placés au rang des agnats, à la mère venant à la succession de ses enfants en vertu du sénatus-consulte Tertullien ; aux enfants succédant d'après le sénatus-consulte Orphitien ; enfin, aux héritiers siens qui n'avaient pas réclamé la possession *undè liberi* dans le délai d'un an (L. 2, ff. *undè legitimi*, et *Instit.*, *loc. cit.*, §§ 8 et 9).

L'ordre d'hérédité, ou plutôt de succession créé par les préteurs était protégé par la possession de biens *undè cognati*. Cette possession pouvait être invoquée par les héritiers siens ou appelés comme tels, par les agnats ou considérés comme tels, lorsqu'ils avaient laissé passer le délai légal qui leur était imparti pour les possessions *undè liberi* et *undè legitimi*, c'est-à-dire un an pour la première et cent jours pour la seconde (*Instit.*, *loco citato*).

On accordait à l'époux survivant non divorcé, alors qu'il n'y avait pas eu convention *in manum*, la possession *undè vir et uxor* (*eod.*, § 3).

§ 35. Cæterum sæpe quibusdam ita datur bonorum possessio, ut is cui data sit *non* obtineat hæreditatem : quæ bonorum possessio dicitur sine re.

§ 35. Du reste, on donne quelquefois la possession des biens, de telle sorte que celui qui l'obtient n'a pas l'hérédité ; on l'appelle alors possession des biens *sine re*.

La possession des biens était tantôt *cum re*, c'est-à-dire effective, tantôt *sine re*, c'est-à-dire purement nominale.

Au commentaire 2, Gaïus expose, § 119, que, lorsqu'un testament qui n'avait pas été fait conformément aux règles du droit civil était revêtu des cachets de sept témoins, il permettait à l'institué de demander la possession des biens, pourvu qu'il n'existât pas d'héritier du droit civil; et, au paragraphe suivant, il fait connaître un rescrit d'Antonin qui autorisait un tel institué à se maintenir en possession contre l'héritier légitime, auquel il pouvait opposer l'exception de dol. — Dans ce cas, la possession était donc *sine re* quand l'héritier légitime détenait la succession au moment où l'institué prétorien voulait agir ; elle était *cum re* lorsque ce dernier avait déjà pris possession quand l'héritier légitime invoquait son droit.

Dans les §§ 148 et 149 du même commentaire, on voit que la possession des biens n'était donnée *cum re* à l'institué prétorien qu'autant qu'il n'existait pas d'héritier du droit civil, soit testamentaire, soit *ab intestat*. Dans le cas contraire, il n'avait que la possession *sine re*, sauf l'application du rescrit d'Antonin. — Les §§ 36 et suivants du présent commentaire

nous fournissent de nouveaux cas de possessions *sine re* ou *cum re*.

§ 36. Nam si verbi gratia, jure facto testamento, hæres institutus creverit hæreditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo quod jure civili hæres sit, nihilominus ii qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bonorum possessionem : sed sine re ad eos hæreditas pertinet, quum testamento scriptus hæres evincere hæreditatem possit.

§ 36. Si, par exemple, un héritier institué par un testament régulièrement fait a fait crétion, mais sans vouloir demander la possession des biens *secundum tabulas*, se contentant d'être héritier d'après le droit civil, ceux qui seraient appelés à l'hérédité *ab intestat* peuvent demander la possession des biens ; mais l'hérédité leur appartient *sine re*, puisque l'héritier institué par le testament peut prendre cette hérédité.

L'héritier légitime *ab intestat* n'avait que la possession *sine re*, à l'encontre de l'institué du droit civil, qui se contentait de faire crétion, sans demander la possession de biens prétorienne.

§ 37. Idem juris est si, intestato aliquo mortuo, suus hæres nol*uerit petere bonorum possessionem*, *contentus legitimo jure : nam* et agnato competit quidem bonorum possessio, sed sine re, quum evinci hæreditas a filio hærede possit; et illud convenien*ter dice*tur : si ad agnatum jure civili pertinet hæreditas, et hic adierit hæreditatem, sed *bonorum possessionem* petere noluerit, etsi qui ex proximis cognatis petierit, sine re habebit bonorum possessionem propter eamdem rationem.

§ 37. Il en est ainsi lorsqu'un héritier sien *ab intestat* n'a pas voulu demander la possession, se contentant du droit civil; car la possession des biens compète, il est vrai, à l'agnat; mais cette possession n'est que nominale, puisque l'hérédité peut être prise par le fils héritier : conséquemment à cela, si une hérédité est déférée par le droit civil à un agnat qui l'a acceptée, sans vouloir recourir à la possession des biens, il la recueillera, quoique le plus proche cognat ait demandé la possession des biens qu'il obtiendra sans la chose.

Il en était de même à l'égard de l'appelé légitime qui était en présence d'un autre héritier légitime auquel le droit civil

donnait la préférence, et qui se contentait de son titre civil, sans invoquer le droit prétorien ; et aussi quant au cognat qui avait affaire à un héritier venant par droit d'agnation.

§ 38. Sunt et alii quidam similes casus, quorum aliquos superiore commentario tradidimus.

§ 38. On compte encore d'autres cas semblables, dont nous avons examiné quelques-uns dans le commentaire précédent.

En dehors des hypothèses que nous venons de parcourir, il faut placer celles des successeurs appelés par le droit prétorien *ab intestat*, que le *de cujus* eût ou non laissé un testament (les enfants émancipés et le patron, dans le cas prévu par le § 41 ci-dessous). — Dans ces cas, en effet, le droit prétorien avait pour objet de corriger le droit civil ; d'où il suit que la possession des biens, soit *contra tabulas*, soit *undè liberi*, qu'il donnait à ceux qu'il appelait, devait être *cum re*.

Cela ressort d'ailleurs, à l'évidence, de plusieurs textes invoqués par M. Demangeat, t. II, p. 104, notamment de la loi 13, *pr.*, ff. *de bon. posses. cont. tab.*, qui porte : « *Cùm emancipatus bonorum possessionem contra tabulas accipit, scriptus hæres ei hæreditatem petenti cogendus est et prædia et servos hæreditarios præstare ; omne enim jus transferri æquum est, quod per causam hæreditariam scriptus hæres nanciscitur, ad eum quem prætor hæredis loco constituit.* ».

Au temps de Justinien, celui qui obtenait la possession des biens l'avait toujours *cum re*. Cela résulte, suivant la remarque de M. Demangeat, t. II, p. 109, de ce que Justinien ne restreint pas l'effet d'une telle possession au cas où aucun héritier du droit civil n'y fait obstacle (*Instit.*, *de bon. poss.*, § 7), comme le fait Gaïus (C. 2, §§ 148 et 149).

De ce qui a été dit aux §§ 119, 148 et 149 du C. 2, et sous les §§ 34 et suiv. du présent commentaire, et de ce qui précède, il résulte que le droit prétorien accordait la possession des biens *cum re* : — 1° à celui qui avait pour lui le droit civil, sauf le cas prévu par le rescrit d'Antonin ; — 2° à celui qui, ne pouvant invoquer le droit civil, mais le droit prétorien, en vertu d'un testament, n'avait pas à lutter contre un héritier du droit civil ; — 3° aux successeurs qu'il appelait *ab intestat*,

quoique émancipés, qu'ils concourussent avec des héritiers légitimes ou testamentaires ; — 4° au patron, dans le cas prévu par le § 41 ; — 5° enfin, à l'institué prétorien qui était déjà en possession quand l'héritier légitime *ab intestat* se prévalait de son droit. — En toute autre hypothèse, la possession était donnée *sine re*.

§ 39. Nunc de libertorum bonis videamus.

§ 39. Occupons-nous maintenant des biens des affranchis.

A côté des six possessions de biens dont il a été question sous le § 34, les textes en placent quatre autres, savoir :

1° La possession *undè decem personæ;*

2° Celle *tum quem ex familiâ;*

3° Celle *undè liberi patroni patronæve et parentes eorum;*

4° Celle *undè cognati manumissoris.*

Nous parlerons de ces trois dernières sous le § 41.

On accordait la première à dix parents énumérés de celui qui, donné en *mancipium*, était affranchi par l'acquéreur, de préférence à cet affranchissant. Les personnes préférées étaient le père et la mère, l'aïeul et l'aïeule, tant paternels que maternels ; le fils et la fille, le petit-fils et la petite-fille, issus d'un fils ou d'une fille ; le frère et la sœur, consanguins ou utérins *(Instit., eod.)*.

§ 40. Olim itaque licebat liberto patronum suum in testamento præterire, nam ita demum lex XII Tabularum ad hæreditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus, nullo suo hærede relicto ; itaque intestato quoque mortuo liberto, si is suum hæredem reliquerat, nihil in bonis ejus patrono juris erat ; et si quidem ex naturalibus liberis aliquem suum hæredem reliquisset, nulla videbatur esse querela : si vero, vel adoptivus filius

§ 40. Autrefois il était permis à un affranchi d'omettre son patron dans son testament, car la loi des Douze Tables n'appelait le patron à l'hérédité de son affranchi que si celui-ci, étant mort *ab intestat*, n'avait pas laissé d'héritiers siens. Si donc un affranchi était mort *intestat*, laissant un héritier sien, le patron n'avait rien à prendre dans ses biens ; et s'il avait laissé cet héritier sien parmi ses enfants naturels, il n'y avait aucune plainte à élever ;

filiave vel uxor, quæ in manu esset, sua hæres esset, aperte iniquum erat, nihil juris patrono superesse.

mais si l'héritier sien était un fils adoptif ou une fille adoptive, ou une femme passée *in manu*, il était ouvertement injuste qu'il ne fût rien laissé au patron.

§ 41. Qua de causa postea prætoris edicto hæc juris iniquitas emendata est; sive enim faciat testamentum libertus, jubetur ita testari, ut patrono suo partem dimidiam bonorum suorum relinquat : et si aut nihil, aut minus quam partem dimidiam reliquerit, datur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiæ bonorum possessio; si vero intestatus moriatur, suo hærede relicto adoptivo filio *vel* uxore, quæ in manu ipsius esset, vel nuru, quæ in manu filii ejus fuerit, datur æque patrono adversus hos suos hæredes partis dimidiæ bonorum possessio; prosunt autem liberto ad excludendum patronum naturales liberi, non solum quos in potestate mortis tempore habet, sed etiam emancipati et in adoptionem dati, *si* modo aliqua ex parte hæredes scripti *sint, aut præteriti*, *con*tra tabulas testamenti bonorum possessionem ex edicto petierint : nam exhæredati nullo modo repellunt patronum.

§ 41. Aussi, par la suite, l'édit du préteur corrigea cette iniquité du droit; en effet, si l'affranchi fait un testament, il doit laisser la moitié de ses biens à son patron, et s'il a laissé moins de la moitié ou n'a rien laissé, on donne au patron la possession des biens *contra tabulas* pour cette moitié; mais si l'affranchi meurt *intestat*, ayant laissé pour héritier sien un fils adoptif ou son épouse qu'il avait *in manu*, ou sa belle-fille que son fils avait *in manu*, on accorde équitablement au patron contre ses héritiers siens la possession des biens pour moitié. On compte à l'affranchi, pour exclure le patron, tous ses enfants naturels, non-seulement ceux qui étaient sous sa puissance au temps de sa mort, mais encore ceux qui étaient émancipés ou donnés en adoption, pourvu qu'ils aient été inscrits dans le testament pour une certaine part, ou qu'ils aient demandé la possession des biens *contra tabulas*, s'ils étaient omis; mais, lorsqu'ils ont été exhérédés, ils ne peuvent plus exclure le patron.

La possession de biens *tùm quem ex familiâ* ne s'accordait que relativement à la succession des affranchis. Elle était

donnée au parent le plus proche du patron, c'est-à-dire à ses enfants qui avaient négligé de faire valoir la possession *undè legitimi* ou celle *contra tabulas*, auxquelles ils avaient droit, et à lui-même dans le même cas (*Instit.*, *eod.;* L. 2, § 1, ff. *undè legitimi*, et texte, *hìc*).

Elle se donnait aussi aux agnats du patron (*Instit.*, *eod.*). Mais ne perdons pas de vue que ni l'une ni l'autre de ces possessions ne pouvaient écarter les enfants de l'affranchi non régulièrement exhérédés (texte, *hìc, in fine*).

La possession *undè liberi patroni patronæve et parentes eorum* était plus spécialement utile aux ascendants du patron et de la patronne qui n'étaient pas compris dans la précédente. Elle pouvait aussi être invoquée par le patron, par la patronne et par leurs enfants, lorsqu'ils avaient laissé passer le délai voulu pour invoquer la première. Nous croyons devoir nous en tenir à cette explication sur ce point, acceptant ainsi la leçon donnée par Théophile sur le § 3 du titre des *Possessions de biens*, de préférence à celle qu'on a proposée depuis peu et qui veut que la possession de biens qui nous occupe soit relative au cas où l'affranchi défunt avait pour patron un autre affranchi dont le patron exerçait les droits à défaut de ce dernier (*V.* toutefois M. Demangeat, t. II, p. 92, qui cite un texte d'Ulpien duquel il résulte que le préteur appelait le patron du patron à la succession du *de cujus* dont le patron n'avait pas de famille).

La possession de biens *undè cognati manumissoris* se donnait aux cognats du patron, à défaut de postérité du défunt et aussi du patron, des enfants du patron, de ses agnats et d'époux survivant (*Instit.*, *loc. cit.*, § 3).

Justinien réduisit toutes ces possessions de biens à six, savoir :

Contra tabulas et *secundum tabulas*, pour la succession testamentaire ;

Undè liberi,

Undè legitimi,

Undè cognati,

Undè vir et uxor,

pour la succession *ab intestat*. Il n'y a plus de possession relative aux parents de l'affranchissant d'un ingénu donné en

mancipium, par le motif que le *mancipium* a disparu. Il n'y a plus de possessions spéciales pour le patron et sa famille, les possessions *undè legitimi, undè cognati* pouvant être invoquées par le patron, par ses héritiers siens, et même par ses agnats et ses cognats jusqu'au cinquième degré dans la succession de l'affranchi, comme elles pouvaient l'être par les héritiers légitimes et les cognats dans la succession d'une personne ingénue (*Instit.*, *eod.*, § 5).

Une possession de biens particulière est encore conservée par Justinien : c'est celle qui est appelée *uti ex legibus*, qui suppose une disposition du droit civil qui défère spécialement la possession de biens (*eod.*, § 7).

§ 42. Postea lege Papia aucta sunt jura patronorum, quod ad locupletiores libertos pertinet; cautum est enim ea lege, ut ex bonis ejus, qui sestertiorum *centum millium plurisve* patrimonium *reliquerit*, et pauciores quam tres liberos habebit, sive is testamento facto, sive intestato mortuus erit, virilis pars patrono debeatur; itaque quum unum filium unamve filiam hæredem reliquerit libertus, perinde pars dimidia patrono debetur, *ac si* sine ullo filio filiave moreretur : quum vero duos duasve hæredes reliquerit, tertia pars debetur; si tres relinquat, repellitur patronus.

§ 42. Les droits des patrons furent étendus par la loi Papia, quant à ce qui concerne les affranchis les plus riches : cette loi voulut, en effet, que celui qui laisse dans ses biens un patrimoine de cent mille sesterces ou plus, et qui a moins de trois enfants, qu'il soit mort *intestat* ou après avoir fait son testament, laisse une part virile à son patron; si donc un affranchi a laissé pour héritier sien un fils ou une fille, la moitié de son hérédité est due au patron, comme s'il était mort sans enfants; lorsqu'il a laissé deux héritiers siens, le tiers est dû au patron; s'il en a laissé trois, le patron est écarté.

La loi Papia Poppéa voulut que l'affranchi, alors même qu'il aurait des enfants, laissât quelque chose à son patron, s'il avait une fortune de cent mille sesterces au moins, et moins de trois enfants. Justinien réforma sagement ce point et décida que les enfants de l'affranchi excluraient toujours le patron (*Instit.*, *de succes. libert.*, § 3).

Le sesterce valait 19 centimes de notre monnaie. Cent mille

sesterces représentent, en conséquence, 19,000 fr. Le sou d'or valait 1,000 sesterces : cent sous d'or représentaient donc 19,000 fr. de notre monnaie (Justin., *Instit.*, *de succes. libert.*, § 3).

§ 43. In bonis libertinarum nullam injuriam antiquo jure patiebantur patroni; quum enim hæ in patronorum legitima tutela essent, non aliter scilicet testamentum facere poterant, quam patrono auctore; itaque sive auctor ad testamentum faciendum factus. . . . .

§ 43. Quant aux biens de leurs affranchies, les patrons ne souffraient aucun dommage d'après l'ancien droit, puisque ces affranchies étaient sous leur tutelle légitime et ne pouvaient tester qu'avec leur autorisation; ainsi donc, soit que le patron eût autorisé leur testament. . . . . *(Plusieurs lignes sont illisibles dans le manuscrit.)*

Si l'affranchie mourait *intestat*, le patron recueillait ses biens, les femmes ne pouvant laisser d'héritiers siens (Ulpien, *Règ.* XXIX, 2, et texte, § 51).

§ 44. Sed postea lex Papia, *quum* quatuor liberorum jure libertinas tutela patronorum liberaret, et eo modo *quum voluit eas sine* tutoris auctoritate *testari*, *prospexit ut pro numero liberorum superstitum quos* habuerit, virilis pars patrono debeatur, et. . . ex bonis ejus, quæ omnia. . . . copioso juris . . . . *hæreditas* ad patronum pertinet.

§ 44. Mais, par la suite, la loi *Papia*, ayant délivré de la tutelle de leurs patrons les affranchies qui auraient eu quatre enfants, et leur ayant permis ainsi de tester sans l'autorisation de leurs tuteurs, voulut que le patron eût une part virile calculée sur le nombre des enfants survivants de l'affranchie, et non tous les biens, qu'il aurait eus d'après l'ancien droit.

On voit que la loi Papia protégeait les droits du patron de la femme affranchie, en même temps qu'elle accordait à cette dernière la faculté de se choisir un héritier testamentaire.

§ 45. Quæ eadem autem diximus de patrono, intelligemus et de. . . . *patroni filio*. . .

§ 45. Ce que nous avons dit du patron s'applique au fils du patron.

Le fils du patron était traité comme le patron lui-même et concourait, en conséquence, avec les enfants de l'affranchi, quand celui-ci laissait plus de cent mille sesterces et moins de trois enfants (§§ 41 et 42). — Le petit-fils du patron par son fils et son arrière-petit-fils par mâles étaient traités de la même manière. Cela résulte implicitement de ce que notre texte ne parle d'un droit différent que relativement à la fille du patron et aux petits-enfants de ce dernier par les femmes.

§ 46. Filia vero patroni, *item neptis* et *proneptis ex* nepote filio, *nato prognata*, qu*amvis*idem *jus habeat quod ex* lege XII Tabularum patronis *datum est*, *prætor tamen bonorum possessionem non dat feminini sexus* patronorum liberis. *Si vero filia contra tabulas* testamenti liberti, *vel ab intestato contra filium* adoptivum, *vel uxorem nurumve dimidiæ partis* bonorum possessionem petat, trium liberorum jure lege Papia consequitur ; aliter hoc jus non habet.

§ 46. Quoique la fille du patron, quoique sa petite-fille née du fils ou son arrière-petite-fille par son petit-fils né d'un fils, aient le même droit que celui qu'a accordé la loi des Douze Tables aux patrons, le préteur ne leur donne cependant pas la possession des biens. Mais si la fille demande la possession des biens pour moitié, contrairement aux tables du testament de l'affranchi, ou *ab intestat* contre le fils adoptif, contre l'épouse ou la bru de l'affranchi, elle l'obtiendra, en vertu de la loi *Papia*, par le droit de trois enfants : sans ce droit elle ne l'obtiendra pas.

Les filles du patron ou ses descendantes par mâles n'obtenaient rien de la loi Papia, à moins qu'elles n'eussent trois enfants (texte, *hìc*). — Les descendants mâles par les femmes ne pouvaient bénéficier du droit d'enfants. Il n'est pas besoin de dire que Justinien fit passer les enfants de l'affranchi avant les filles ou descendants par les fils du patron (*V.* § 42).

§ 47. Sed ut ex bonis libertæ suæ quatuor liberos habentis virilis pars ei *debeatur*, liberorum *quidem jure non consequitur*, quidam putant; sed tamen intestata li-

§ 47. Mais, à la vérité, elle n'obtiendra pas, par le droit des enfants (c'est du moins l'opinion de quelques auteurs), une part virile dans les biens de l'affranchie

berta mortua, verba legis Papiæ faciunt, ut ei virilis pars debeatur; si vero testamento facto mortua sit liberta, tale jus ei datur, quale datum est *patronæ liberis honoratæ, perinde bonorum possessionem habeat ac virilis sexus patronus* liberique contra tabulas testamenti liberti habent, quamvis parum diligenter ea pars legis scripta sit.

qui a elle-même quatre enfants. Cependant, si l'affranchie est morte *intestat*, les termes mêmes de la loi Papia veulent que part virile soit due à la fille du patron; et si l'affranchie meurt après avoir testé, on accorde à la fille du patron le même droit qu'à la patronne ayant eu le nombre d'enfants voulu, de manière qu'elle ait la possession des biens, comme le patron mâle et ses enfants l'ont, contrairement aux tables du testament de l'affranchie, quoique cette partie de la loi soit écrite avec peu de soin.

Suivant quelques auteurs, la fille du patron était écartée, malgré le nombre d'enfants qu'elle pouvait avoir, quand l'affranchie avait elle-même quatre enfants. Toutefois il résulte de la fin de notre paragraphe que leur opinion n'était pas suivie, et que, d'après les termes mêmes de la loi Papia, part virile était due à la fille du patron en cas de succession *ab intestat* de l'affranchie, tandis que, par interprétation, on lui accordait le même droit qu'aurait eu le patron, c'est-à-dire la moitié (§ 41), quand l'affranchie avait testé.

§ 48. Ex his apparet, extraneos hæredes patronorum longe remotiores bonorum jure *possessionis* quod in *intestatorum* bonis *vel contra* tabulas testamenti patrono competit.

§ 48. On voit par là que les héritiers externes du patron sont écartés du droit qui compète au patron sur les biens des affranchis intestats, ou qui lui est donné contrairement aux tables de leur testament.

Le droit prétorien n'avait rien fait pour les héritiers externes du patron.

§ 49. Patronæ olim ante legem Papiam hoc solum jus habebant in bonis libertorum,

§ 49. Avant la loi Papia, les patronnes n'avaient sur les biens de leurs affranchis

quod etiam patronis *ex* lege XII Tabularum datum est; nec enim ut contra tabulas testamenti, in *quo præteritæ* erant, vel ab intestato contra filium adoptivum, vel uxorem nurumve bonorum possessionem partis *dimidiæ* peterent, prætor similiter *ut patrono liberisque ejus concessit.*

que les droits accordés aux patrons par la loi des Douze Tables; car le préteur ne leur avait pas accordé, comme au patron et à ses enfants, la possession des biens pour moitié contre les tables du testament qui les avait passées sous silence, ni la possession qui se donnait *ab intestat* au patron contre le fils adoptif, et l'épouse ou la bru passées *in manu.*

Le préteur n'avait rien fait non plus pour la patronne; ses droits étaient réglés conformément à la loi des Douze Tables, de telle sorte que si l'affranchi mourait *intestat*, sans avoir subi de *capitis deminutio*, la patronne était appelée, si elle n'avait elle-même subi aucune *capitis deminutio* (§§ 42 et 51), pourvu que l'affranchi n'eût ni enfant naturel, ni enfant adoptif, ni femme *in manu*, ni bru *in manu filii* (§ 40). Si l'affranchi avait fait un testament, la patronne ne pouvait agir *contra tabulas*, à l'effet de se faire attribuer une part quelconque *(eod.)*.

§ 50. *Sed postea lex Papia* duobus *liberis* honoratæ ingenuæ patronæ, libertinæ tribus, eadem fere jura dedit, quæ ex edicto prætoris patroni habent; trium vero liberorum jure honoratæ ingenuæ patronæ ea jura dedit, quæ per eamdem legem patrono data sunt : libertinæ autem patronæ non idem juris præstitit.

§ 50. Par la suite, la loi Papia accorda aux patronnes ingénues qui auraient eu deux enfants, et aux patronnes affranchies qui en auraient eu trois, presque les mêmes droits que ceux donnés au patron par l'édit du préteur, et aux patronnes ingénues qui auraient eu trois enfants, les mêmes droits absolument que ceux qu'elle donne au patron; quant aux patronnes affranchies, cette loi ne leur conféra pas les mêmes droits.

Mais la loi Papia vint au secours des patronnes qui auraient eu un certain nombre d'enfants. Elle donna aux patronnes ingénues ayant eu trois enfants les mêmes droits qu'aurait

eus un patron ; à celles ayant eu deux enfants, *presque* les mêmes droits. Elle accorda aux patronnes affranchies ayant eu trois enfants *presque* les mêmes droits qu'au patron.

§ 51. Quod autem ad libertinarum bona pertinet, siquidem intestatæ decesserint, nihil novi patronæ liberis honoratæ lex Papia præstat ; itaque si neque ipsa patrona, neque liberta capite deminuta sit, ex lege XII Tabularum ad eam hæreditas pertinet, et excluduntur libertæ liberi : quod juris est etiamsi liberis honorata non sit patrona ; nunquam enim, sicut supra diximus, feminæ suum hæredem habere possunt ; si vero vel hujus, vel illius capitis deminutio interveniat, rursus liberi libertæ excludunt patronam, quia legitimo jure capitis deminutione perempto evenit, ut liberi libertæ cognationis jure potiores habeantur.

§ 51. Quant aux biens des affranchies décédées *ab intestat*, la loi Papia n'ordonna rien de nouveau pour la patronne ayant eu le nombre d'enfants voulu ; si donc ni la patronne ni l'affranchie n'ont été diminuées de tête, l'hérédité appartient, d'après la loi des Douze Tables, à la patronne, à l'exclusion des enfants de l'affranchie ; le droit est le même quoique la patronne n'ait pas eu ce nombre d'enfants, puisque les femmes ne peuvent jamais avoir d'héritiers siens, ainsi que nous l'avons dit plus haut ; mais si la patronne ou l'affranchie ont été diminuées de tête, les enfants de l'affranchie excluront la patronne, parce que, le droit civil ne produisant plus d'effet après la diminution de tête, il arrive que les enfants de l'affranchie sont les premiers par droit de cognation.

Si l'affranchie n'avait subi aucune *capitis deminutio*, comme elle ne pouvait avoir d'héritier sien, la patronne lui succédait *ab intestat*, à l'exclusion de ses enfants, à moins que cette dernière n'eût subi elle-même une *capitis deminutio*, et cela, que la patronne eût ou non le nombre d'enfants voulu : tout cela par la raison que les femmes ne pouvaient avoir d'héritiers siens, les seuls que la loi des Douze Tables préférât à la patronne. Mais, si la patronne ou l'affranchie avaient été diminuées de tête, le droit civil ne produisait plus son effet, et la succession des cognats appelait les enfants de l'affranchie.— Remarquons, au surplus, avec M. Demangeat, t. II, p. 64,

que le sénatus-consulte Orphitien appela, dans tous les cas, les enfants de l'affranchie avant la patronne.

§ 52. Quum autem testamento facto moritur liberta, ea quidem patrona quæ liberis honorata non est, nihil juris habet contra libertæ testamentum : ei vero quæ liberis honorata sit, hoc jus tribuitur per legem Papiam, quod habet ex edicto patronus contra tabulas liberti.

§ 52. Si l'affranchie meurt après avoir fait son testament, la patronne qui n'a pas le nombre d'enfants requis ne peut rien réclamer contrairement au testament; si elle a le nombre d'enfants requis, la loi Papia lui donne ce que l'édit du préteur accorde au patron contre le testament de son affranchie.

Quand l'affranchie avait testé, la patronne *ingénue* qui n'avait pas deux enfants ne pouvait agir *contra tabulas*. Si elle en avait deux, elle pouvait, par cette voie, se faire attribuer *presque* la même part que le patron. Si elle en avait eu trois, elle pouvait obtenir la même part. — La patronne affranchie ne pouvait réclamer que si elle avait eu trois enfants, et, dans ce cas, elle avait presque les mêmes droits que le patron (§§ 50 et 52 combinés).

§ 53. Eadem lex patronæ filiæ liberis honoratæ patroni jura dedit; sed in hujus persona etiam unius filii filiæve jus sufficit.

§ 53. Cette loi accorde à la fille de la patronne, ayant eu le nombre d'enfants voulu, les mêmes droits qu'au patron, et pour elle il suffit qu'elle ait eu un fils ou une fille.

La fille de la patronne qui aurait eu un fils ou une fille pouvait exercer les droits qu'aurait pu faire valoir un patron. On peut s'étonner de voir que la fille de la patronne soit appelée, quoiqu'elle n'ait eu qu'un enfant, alors qu'aux termes du § 46 la fille du patron ne l'était qu'autant qu'elle avait eu trois enfants.

A l'égard du fils de la patronne, il n'était pas appelé par la loi Papia; mais ne pouvait-il pas invoquer la possession de biens *undè liberi patroni patronæve*? — Il ne le pouvait pas en cas de succession testamentaire, car la loi des Douze Tables

n'appelait le patron lui-même qu'à l'hérédité *ab intestat* (§ 40), et le préteur n'avait rien fait pour la patronne et pour ses enfants. Mais il pouvait agir par la possession *undè liberi patroni patronæve*, en cas de succession *ab intestat*, lorsqu'elle était réclamée par d'autres que les enfants de l'affranchie (§ 41).

§ 54. Hactenus omnia jura quasi per indicem tetigisse satis est, alioquin diligentior interpretatio, propriis commentariis exposita est.

§ 54. Il nous suffit d'avoir indiqué tous ces droits, dont l'interprétation est donnée avec plus de détails dans les commentaires spéciaux.

Justinien fit disparaître toute différence entre le patron et la patronne, entre les enfants du sexe féminin et ceux du sexe masculin nés du patron ou de la patronne, et enfin entre la succession d'un affranchi mâle et celle d'une femme affranchie (*Instit., de success. libert.*, § 3).

Cet empereur voulut que la succession testamentaire de tout affranchi fût soumise aux règles concernant celle d'un ingénu, sauf l'obligation de l'affranchi de laisser à son patron le tiers, dans le cas où cette succession était de plus de cent sous d'or, et où l'affranchi n'avait pas d'enfant, ou bien lorsque, en ayant, il les avait régulièrement exhérédés ou omis. L'affranchi qui avait moins de cent sous d'or pouvait tester comme il l'entendait, qu'il eût ou non des enfants *(Instit., eod.)*.

La succession *ab intestat* de l'affranchi dut revenir, d'après Justinien : 1° à ses enfants, même nés en esclavage ; 2° à défaut d'enfants, au patron ou à la patronne, ou à leurs enfants, s'ils faisaient défaut ; 3° aux cognats du patron et de la patronne, jusques et y compris le cinquième degré *(Instit., eod.)*.— Les possessions de biens *undè legitimi* et *undè cognati* étaient accordées à cet effet (*Instit., de bonor. possess.*, § 5.)— *V.* nos observations *suprà*, § 41.

§ 55. Sequitur ut de bonis Latinorum libertinorum dispiciamus.

§ 55. Il nous reste à parler des biens des affranchis latins.

§ 56. Quæ pars juris ut manifestior fiat, admonendi sumus, de quo alio loco diximus, eos qui nunc Latini Ju-

§ 56. Pour rendre plus intelligible cette partie de notre droit, nous devons rappeler, ce que nous avons déjà dit,

niani dicuntur, olim ex jure quiritium servos fuisse, sed auxilio prætoris in libertatis forma servari solitos, unde etiam res eorum peculii jure ad patronos pertinere solita est : postea vero per legem Juniam eos omnes quos prætor in libertatem tuebatur, liberos esse cœpisse, et appellatos esse Latinos Junianos : Latinos ideo, quia lex eos liberos perinde esse voluit atque si essent cives Romani ingenui, qui ex urbe Roma in Latinas colonias deducti Latini coloniarii esse cœperunt; Junianos ideo, quia per legem Juniam liberi facti sunt, etiamsi non cives Romani; nam *populus* legis Juniæ lator quum intelligeret futurum, ut ea fictione res Latinorum defunctorum ad patronos pertinere desinerent, *quum non ut* servi *decederent*, ut possent *jure peculii res* eorum ad patronos pertinere, neque liberti Latini hominis bona possent manumissionis jure ad patronos pertinere, necessarium *existimavit* ne beneficium istis datum in injuriam patronorum converteretur, cavere *ut bona* libertorum proinde ad manumissores pertinerent, ac si lex lata non esset; itaque jure quodammodo peculii bona Latinorum ad manumissores *eorum* pertinent.

que les affranchis, à présent Latins-Juniens, restaient esclaves autrefois, d'après le droit civil, mais que le préteur les maintenait en liberté, ce qui fit qu'on accorda leurs biens à leurs patrons par droit de pécule. La loi Junia commença à déclarer libres tous ceux que le préteur maintenait en liberté, et les nomma Latins-Juniens : Latins, parce que cette loi voulut qu'ils fussent libres, comme s'ils étaient au nombre de ces citoyens romains ingénus qui, conduits de Rome dans les colonies latines, sont devenus Latins; Juniens, parce que c'est la loi Junia qui les déclara libres quoique non citoyens romains; le peuple, qui avait porté la loi Junia, ayant compris que, au moyen de cette fiction, les biens des Latins décédés ne reviendraient plus à leurs patrons, puisque ces Latins ne mourraient pas esclaves de manière à laisser leurs biens à leurs patrons comme pécule, et que les biens d'un affranchi latin ne pouvaient revenir au patron par droit de manumission, jugea nécessaire, pour que l'avantage fait aux esclaves ne tournât pas au détriment des patrons, de faire que les biens de ces affranchis revinssent aux affranchissants, comme si la loi n'existait pas; aussi c'est en quelque sorte par droit de pécule que les biens des affranchis latins sont accordés au patron.

Il a été question, au commentaire premier, §§ 17 et suiv., des affranchis dont la manumission n'avait pas été faite suivant certaines conditions. — La conséquence de leur état était qu'en mourant ils ne laissaient pas de succession, partant qu'ils n'avaient pas d'héritiers. Leur patron prenait leurs biens comme le pécule d'un esclave. La loi Junia Norbona ayant déclaré libre cette classe d'affranchis, et reconnu implicitement par là qu'ils ne mourraient pas esclaves comme auparavant, voulut toutefois que leurs biens revinssent à leurs patrons, non plus précisément *jure peculii*, mais *quodammodo jure peculii*, en quelque sorte par droit de pécule.

§ 57. Differunt ea jura quæ in bonis Latinorum ex lege Junia constituta sunt, ab his quæ in hæreditate civium Romanorum libertorum observantur.

§ 57. Cela fait que les droits accordés par la loi Junia sur les biens des Latins diffèrent de ceux qui sont donnés sur l'hérédité des affranchis citoyens romains.

De là plusieurs différences entre les droits qui purent s'exercer sur les biens des défunts affranchis Latins-Juniens et sur ceux des affranchis citoyens romains.

§ 58. Nam civis Romani liberti hæreditas ad extraneos hæredes patroni nullo modo pertinet : ad filium autem patroni nepotesque ex filio, et pronepotes ex nepote. . . . . . nato omnimodo pertinet, etiamsi *a* parente fuerint exhæredati. Latinorum autem bona tanquam peculia servorum etiam ad extraneos hæredes pertinent, et ad liberos manumissoris exhæredatos non pertinent.

§ 58. En effet, l'hérédité d'un affranchi citoyen romain n'appartient pas aux héritiers externes du patron, mais est toujours dévolue au fils du patron, à ses petits-fils par son fils, à ses arrière-petits-fils par son petit-fils issu de son fils, alors même qu'ils auraient été exhérédés. Les biens des Latins, au contraire, comme les pécules des esclaves, sont dévolus aux héritiers externes du patron, et non à ses enfants exhérédés.

En premier lieu, les biens du Latin-Junien devaient revenir, à titre de pécule, à ceux qui recueillaient la succession du patron, car ils en faisaient partie, tandis que ceux de l'affranchi

citoyen romain formaient une succession à part dévolue par la loi d'abord à ses enfants, ainsi qu'il a été dit plus haut, puis à son patron ou aux enfants de ce dernier, nonobstant l'exhérédation paternelle, et à l'exclusion des héritiers externes du patron (*suprà*, § 48).

§ 59. Item civis Romani liberti hæreditas ad duos pluresve patronos æqualiter pertinet, licet dispar in eo servo dominium habuerint : bona vero Latinorum pro ea parte pertinent, pro qua parte quisque eorum dominus fuerit.

§ 59. De même, l'hérédité d'un affranchi citoyen romain se divise par égale portion entre ses deux ou plusieurs patrons, quoique tous n'aient pas eu les mêmes droits de propriété sur lui : les biens des Latins, au contraire, sont dévolus aux patrons suivant les droits de propriété qu'ils avaient sur l'affranchi, lorsqu'il était esclave.

En second lieu, les biens du Latin-Junien se divisaient entre les différents maîtres qu'il avait eus au moment de son affranchissement, suivant l'importance de leurs droits respectifs, car ils étaient à eux comme chose du pécule, comme copropriété, au lieu que ceux de l'affranchi citoyen romain, arrivant par droit successoral aux patrons, étaient acquis à chacun par égale portion. La solution serait autre, bien entendu, si l'esclave, affranchi d'abord par un premier patron, était tombé plus tard sous le pouvoir d'un autre maître qui l'aurait affranchi à son tour. Un tel esclave n'avait qu'un patron, le dernier affranchissant (L. 32, ff. *de bonis libert.*).

§ 60. Item in hæreditate civis Romani liberti patronus alterius patroni filium excludit, et filius patroni alterius patroni nepotem repellit ; bona autem Latinorum et ad ipsum patronum et ad alterius patroni hæredem simul pertinent, pro qua parte ad ipsum manumissorem pertinent.

§ 60. De même, quand il s'agit de l'hérédité d'un affranchi citoyen romain, un de ses patrons exclut le fils de l'autre, et le petit-fils de l'un est exclu par le fils de l'autre; les biens des Latins, au contraire, sont dévolus à la fois à l'un des patrons et à l'héritier de l'autre patron, suivant la part qui revenait à ce patron lui-même.

Suivant les règles du droit de succession, les biens de l'affranchi citoyen romain arrivaient à l'un des patrons, à l'exclusion des enfants de l'autre, à la différence des biens des Latins, qui étaient considérés comme partie intégrante de la succession de chacun des patrons.

§ 61. Item si unius patroni tres forte liberi sunt et alterius unus, hæreditas civis Romani liberti in capita dividitur, id est, tres fratres tres portiones ferunt, et unus quartam : bona vero Latinorum pro ea parte ad successores pertinent, pro qua parte ad ipsum manumissorem pertinerent.

§ 61. De même, si un des patrons avait trois fils, et l'autre un seul, l'hérédité de l'affranchi citoyen romain se divise par tête, c'est-à-dire que les trois frères prennent trois quarts, et le fils unique de l'autre patron une part seulement; les biens des Latins, au contraire, sont dévolus aux héritiers du patron, suivant la part qui serait revenue à ce patron.

C'est toujours une application du principe fondamental posé au § 56.

§ 62. Item si alter ex his patronis suam partem in hæreditate civis Romani liberti spernat, vel ante moriatur quam cernat, tota hæreditas ad alterum pertinet : bona autem Latini pro parte decedentis patroni caduca fiunt, et ad populum pertinent.

§ 62. Si l'un des patrons répudie sa part d'hérédité dans la succession de son affranchi citoyen romain ou meurt avant d'avoir fait crétion, l'hérédité tout entière est dévolue à l'autre patron ; les biens de l'affranchi latin, au contraire, sont choses caduques pour la part du patron qui ne recueille pas, et sont dévolus au peuple.

A défaut par l'un des patrons de recueillir, on devait appeler l'autre patron ou ses enfants à la succession de l'affranchi citoyen romain, car c'était là une des règles qui régissaient les successions. Mais on n'en pouvait faire autant à l'égard des biens de l'affranchi Latin-Junien. Si l'un des patrons ne recueillait pas, l'autre ou ses enfants ne pouvaient rien prétendre sur sa part, car ils n'avaient aucun titre de propriété sur cette part, et ils ne pouvaient la recueillir par succession.

§ 63. Postea Lupo et Largo consulibus senatus censuit, ut bona Latinorum primum ad eos pertinerent, qui eos liberassent; deinde ad liberos eorum non nominatim exhæredatos, uti quisque proximus esset : tunc antiquo jure ad hæredes eorum, qui liberassent, pertinerent.

§ 64. Quo senatusconsulto quidam *id* actum esse putant, ut in bonis Latinorum eodem jure utamur, quo utimur in hæreditate civium Romanorum libertinorum; idemque maxime Pegaso placuit : quæ sententia aperte falsa est; nam civis Romani liberti hæreditas nunquam ad extraneos patroni hæredes *pertinet* : *bona autem* Latinorum etiam ex hoc ipso senatusconsulto, non obstantibus liberis manumissoris, etiam ad extraneos hæredes pertinent; item in hæreditate civis Romani liberti liberis manumissoris nulla exhæredatio nocet : in bonis Latinorum *autem* nocere nominatim factam exhæredationem ipso senatusconsulto significatur. . . . . . .; hoc solum eo senatusconsulto actum esse, ut manumissoris liberi, qui nominatim exhæredati non sint, præferantur extraneis hæredibus.

§ 63. Par la suite, sous le consulat de Lupus et de Largus (an de Rome 795), le sénat voulut que les biens des affranchis latins fussent dévolus d'abord à leurs patrons, ensuite aux enfants de ces patrons, non exhérédés nominativement, et suivant leur degré de proximité; tandis que, d'après l'ancien droit, ces biens étaient dévolus aux héritiers des patrons.

§ 64. On pense que ce sénatus-consulte a établi pour les biens des Latins le même droit que pour les hérédités des affranchis citoyens romains; c'était surtout l'avis de Pégase. C'est là une opinion ouvertement controuvée, car l'hérédité d'un affranchi citoyen romain n'appartient jamais aux héritiers externes du patron, au lieu que les biens des Latins sont dévolus par le sénatus-consulte aux héritiers externes du patron, pourvu que ses enfants n'y fassent pas obstacle; de plus, l'exhérédation ne saurait nuire aux enfants du patron d'un affranchi citoyen romain, quant à l'hérédité de cet affranchi, au lieu que le sénatus-consulte lui-même décide que l'exhérédation nominative leur est nuisible, quant à l'hérédité des affranchis latins. Le sénatus-consulte a seulement décidé que les enfants du patron, s'ils n'ont pas été nominativement exhérédés, sont préférés aux héritiers externes.

Le sénatus-consulte Largien établit une espèce de droit héréditaire sur les biens de l'affranchi latin en faveur des enfants du patron, qui durent être appelés à recueillir ses biens, à l'exclusion des héritiers externes de leur père, à moins qu'ils n'eussent été exhérédés.

§ 65. *Itaque* et emancipatus filius patroni præteritus, quamvis contra tabulas testamenti parentis sui bonorum possessionem non petierit, tamen extraneis hæredibus in bonis Latinorum potior habetur.

§ 65. Ainsi, si le fils émancipé du patron a été passé sous silence, il sera appelé à recueillir les biens de l'affranchi latin avant les héritiers externes du patron, bien qu'il n'ait pas demandé la possession des biens contre le testament de son père.

La simple omission du fils du patron, même quand il avait été émancipé, lui permettait d'exclure les héritiers externes de son père.

§ 66. Item filia cæterique quos exhæredes licet jure civili *facere inter cæteros*, *quamvis id suf*ficiat, ut ab omni *hæreditate patr*is sui submoveantur, tamen in bonis Latini, nisi nominatim a parente fuerint exhæredati, potiores erunt extraneis hæredibus.

§ 66. De plus, bien que, d'après le droit civil, il suffise, pour les écarter de toute l'hérédité de leur ascendant, d'exhéréder *inter cæteros* la fille et tous les descendants autres que le fils, cependant, lorsqu'il s'agit des biens d'un Latin, ces descendants seront préférés aux héritiers externes, s'ils n'ont pas été exhérédés nominativement par leur ascendant.

L'exhérédation *inter cæteros* ne suffisait pas pour écarter la fille et les autres descendants autres que le fils, relativement aux biens du Latin-Junien, quoiqu'elle produisît cet effet à l'égard des biens de l'affranchi citoyen romain. Il fallait toujours une exhérédation nominative.

§ 67. Item ad liberos qui hæreditate parentis se abstinuerunt. . . . . . n*on* s*o*lum silent*io* ab hæreditate exhæ-

§ 67. De même, on attribue les biens du Latin aux enfants du patron qui se sont abstenus de toucher à l'hérédité de leur

redati nullo modo dici possunt, non magis quam qui testamento silentio præteriti sunt.

père, parce que leur silence ne les rend pas plus exhérédés que ceux qui ont été omis par le testament de leur père.

L'abstention ne pouvait être opposée aux enfants du patron, quant aux biens du Latin, lorsqu'elle ne s'était produite que relativement aux biens du père.

§ 68. Ex his omnibus satis illud apparet, si is qui Latinum fecerit. . . . . *(Magis quam media pars paginæ desideratur.)*

§ 68. De tout ce que nous avons dit, il ressort que, si celui qui a fait un affranchi Latin. . . . .

§ 69. Item, si *patrono liberos hæredes exstant*, *extraneis hæredibus non institutis*, *putant* ad eos pertinere, quia nullo interveniente extraneo hærede senatusconsulto locus non est.

§ 69. Par une raison semblable, si le patron laisse des enfants pour héritiers et ne laisse pas d'héritiers externes, on pense que l'hérédité du Latin reviendra à ces enfants, chacun suivant sa part héréditaire ; car, lorsqu'il n'y a pas d'héritier externe, ce n'est pas le lieu d'appliquer le sénatus-consulte.

Quand il n'y avait pas d'héritiers externes du patron, le sénatus-consulte Largien était inapplicable, et l'on rentrait dans la règle qui attribuait les biens du Latin aux enfants du patron, mais non à titre successoral, ce qui leur donnerait nécessairement part égale, mais *quodammodo jure peculii*, ce qui règle leurs droits suivant leur part héréditaire.

§ 70. Sed si cum liberis suis etiam extraneum hæredem patronus reliquerit, Cœlius Sabinus ait, tota bona pro virilibus partibus ad liberos defuncti pertinere, quia quum extraneus hæres intervenit, non habet lex Junia locum, sed senatusconsultum; Javolenus autem ait, tantum eam partem ex senatuscon-

§ 70. Mais si le patron a institué un héritier externe avec ses enfants, Célius Sabinus pense que tous ses biens reviennent à ses enfants, chacun pour part virile, parce que, dès qu'il existe un héritier externe, la loi Junia n'est plus applicable, mais bien le sénatus-consulte ; Javolénus pense, au contraire, que les

sulto liberos patroni pro virilibus partibus habituros esse, quam extranei hæredes ante senatusconsultum lege Junia habituri essent, reliquas vero partes pro hæreditariis partibus ad eos pertinere.

enfants du patron auront part virile, en vertu du sénatus-consulte, dans la portion seulement que les héritiers externes auraient eue, en vertu de la loi Junia, avant le sénatus-consulte, les autres portions de l'hérédité leur étant dévolues suivant leurs parts héréditaires.

Ce paragraphe suppose que l'héritier externe n'a pas recueilli, soit parce que le patron avait omis de faire l'exhérédation nominative, soit pour toute autre cause, et détermine la manière de partager la succession du patron entre ses héritiers siens, tant quant à ses biens personnels que quant aux biens qu'il aurait dans la succession de son affranchi. Les sabiniens appliquaient le sénatus-consulte Largien, et donnaient à chaque enfant part virile, tant dans les biens personnels de leur père que dans ceux de l'affranchi. Javolénus, au contraire, distinguait entre les biens personnels du père et ceux de l'affranchi : il ne donnait part virile aux enfants qu'en ce qui touchait les biens de l'affranchi, et laissait les autres biens soumis aux règles communes. Cette décision me paraît raisonnable : car le sénatus-consulte, ne s'étant occupé que de la dévolution des biens des affranchis latins, ne doit pas préjudicier aux droits des enfants dans la succession personnelle de leur père.

§ 71. Item quæritur an hoc senatusconsultum ad eos patroni liberos pertineat qui ex filia nepteve procreantur, id est, ut nepos meus ex filia potior sit in bonis Latini mei, quam extraneus hæres ; item, ad maternos Latinos hoc senatusconsultum pertineat, quæritur, id est, ut in bonis Latini materni potior sit patronæ filius, quam hæres extraneus matris. Cassio placuit, utroque casu locum esse

§ 71. On demande si ce sénatus-consulte s'applique aux descendants du patron qui sont nés de la fille ou petite-fille, c'est-à-dire si mon petit-fils par ma fille sera préféré, pour la succession de mon affranchi latin, à mon héritier externe ; on demande aussi si ce sénatus-consulte s'applique aux hérédités des affranchis maternels devenus Latins, c'est-à-dire si le fils de la patronne est préféré à

senatusconsulto; sed hujus sententiam plerique improbant, quia senatus de his liberis patronarum nihil sentiat, qui aliam familiam sequerentur; idque ex eo apparet, quod nominatim exhæredatos submoveat : nam videtur de his sentire, qui exhæredari a parente solent, si hæredes non instituantur; neque autem matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve, si eum eamve hæredem non instituat, exhæredare necesse est, sive de jure civili quæramus, sive de edicto prætoris, quo præteritis liberis contra tabulas testamenti bonorum possessio promittitur.

l'héritier externe de sa mère pour recueillir la succession de l'affranchi latin de sa mère. Cassius pense que le sénatus-consulte doit s'appliquer dans les deux cas; mais la plupart des auteurs blâment sa décision, parce que le sénat n'a rien décidé quant aux enfants des patronnes, lesquels ne sont pas dans la famille de leur mère; cela apparaît, si l'on remarque que le sénatus-consulte écarte ceux qui ont été nominativement exhérédés; car il veut parler des enfants qui, habituellement, doivent être exhérédés par leur ascendant paternel, s'ils ne sont pas institués héritiers; mais il n'est pas nécessaire que la mère exhérède son fils ou sa fille, que l'aïeul maternel exhérède son petit-fils ou sa petite-fille, s'ils ne veulent pas l'instituer; cette exhérédation n'est exigée ni par le droit civil, ni par l'édit du préteur, qui accorde la possession des biens *contra tabulas* aux enfants omis.

Le sénatus-consulte Largien ne profitait-il qu'au fils du patron, à ses descendants par mâles et à la fille du premier degré, ou pouvait-il être invoqué par les descendants du patron, par les filles et aussi par les fils de la patronne, de telle sorte qu'ils pussent exclure les héritiers externes du patron? — C'était une question. Cassius appliquait le sénatus-consulte dans les deux cas; mais son opinion n'était pas suivie dans l'hypothèse où il s'agissait des biens de l'affranchi d'une femme. — M. Demangeat, t. II, p. 70, entend ce paragraphe en ce sens que, dans la pratique, on repoussait l'opinion de Cassius dans les deux cas.

§ 72. Aliquando tamen civis Romanus libertus tanquam Latinus moritur, veluti si Latinus salvo jure patroni ab imperatore jus quiritium consecutus fuerit; nam *ita* divus Trajanus constituit, si Latinus invito vel ignorante patrono jus quiritium ab imperatore consecutus sit; quibus casibus, dum vivit iste libertus, cæteris civibus Romanis libertis similis est, et justos liberos procreat; moritur autem Latini jure : nec ei liberi ejus hæredes esse possunt, et in hoc tantum habet testamenti factionem, uti patronum hæredem instituat, eique si hæres esse noluerit, alium substituere possit.

§ 72. Quelquefois, cependant, un affranchi citoyen romain meurt comme un Latin : par exemple, lorsqu'un Latin a reçu de l'empereur la faculté de participer au droit civil, sans préjudice des droits du patron, car le divin Trajan a établi que, si un Latin participe au droit civil par ordre de l'empereur, malgré son patron ou à son insu, pendant sa vie cet affranchi est assimilé aux affranchis devenus citoyens romains, et enfante des enfants soumis à sa puissance; mais il meurt Latin, et ses enfants ne peuvent être ses héritiers, et il n'a faction de testament que pour instituer son patron héritier et lui substituer quelqu'un, dans le cas où son patron ne voudrait pas être héritier.

On sait que l'empereur accordait quelquefois les droits de cité aux affranchis latins (C. 1, § 95). — Un tel avantage fait à l'insu ou contre le gré du patron ne pouvait nuire à ce dernier. En mourant, l'affranchi mourait comme un Latin.

§ 73. Et quia hac constitutione videbatur effectum, ut nunquam isti homines tanquam cives Romani morerentur, quamvis eo jure postea usi essent, quo vel ex lege Ælia Sentia, vel ex senatusconsulto cives Romani essent, divus Hadrianus, iniquitate rei motus, auctor fuit senatusconsulti faciundi, ut qui ignorante vel recusante patrono ab imperatore jus quiritium consecuti essent, si eo jure postea usi essent, quo ex lege

§ 73. Comme, d'après cette constitution, il arrivait que ces affranchis ne pouvaient mourir citoyens romains, quoiqu'ils eussent joui de ce droit par lequel, soit en vertu de la loi Ælia Sentia, soit en vertu du sénatus-consulte, on devenait citoyen romain, le divin Adrien, touché de cette injustice, proposa un sénatus-consulte, pour faire que ceux qui, avec l'autorisation de l'empereur, auraient joui du droit des quirites contre

Ælia Sentia, vel ex senatusconsulto, si Latini mansissent, civitatem Romanam consequerentur, ac si lege Ælia Sentia vel senatusconsulto ad civitatem Romanam pervenissent.

le gré de leur patron ou à son insu, et qui par la suite auraient usé de ce droit par lequel, en vertu de la loi Ælia Sentia ou du sénatus-consulte, ils auraient acquis droit de cité romaine, s'ils étaient restés Latins, fussent regardés comme s'ils avaient acquis droit de cité, en vertu de la loi Ælia Sentia ou du sénatus-consulte.

Adrien fit rendre un sénatus-consulte qui permit à un tel Latin d'acquérir les droits de cité romaine, conformément à la loi Ælia Sentia ou au sénatus-consulte dont il est parlé au § 31 du C. 1, et, par suite, de laisser ses biens, comme les citoyens romains ordinaires (*V.* com. 1, §§ 29, 30, 31, 66, 70).

§ 74. Eorum autem quos lex Ælia Sentia dedititiorum numero facit, bona modo quasi *civium Romanorum* libertorum, modo quasi Latinorum ad patronos pertinent.

§ 74. Quant à ceux que la loi Ælia Sentia assimile aux déditices, leurs biens sont dévolus à leurs patrons, tantôt comme ceux des affranchis citoyens romains, tantôt comme ceux des Latins.

On sait que les biens des affranchis citoyens romains étaient dévolus à leur mort, par droit de succession, aux héritiers déterminés par la loi (§§ 40 et suiv.), et que ceux des affranchis latins étaient attribués, par droit de pécule, au patron et à ses héritiers externes (§§ 56 et 58). On comprend facilement dès lors comment il se faisait que les biens des affranchis déditices étaient dévolus tantôt par droit de succession, tantôt par droit de pécule.

§ 75. Nam eorum bona qui, si in aliquo vitio non essent, manumissi cives Romani futuri essent, quasi civium Romanorum patronis eadem lege tribuuntur; non tamen hi habent etiam testamenti factionem; nam id ple-

75. Car les biens de ceux qui deviendraient citoyens romains par l'affranchissement, s'ils n'avaient commis aucun crime, sont attribués aux patrons, comme ceux des affranchis citoyens romains; mais ces déditices n'ont pas la

risque placuit, nec immerito; nam incredibile videbatur, pessimæ conditionis hominibus voluisse legis latorem testamenti faciundi jus concedere.

faction de testament, comme la plupart des auteurs l'ont justement décidé; car il paraissait incroyable que le promoteur de cette loi eût voulu concéder le droit de tester aux hommes de la pire condition.

En effet, quand l'affranchi avait été l'objet d'une manumission qui l'eût rendu citoyen romain, s'il n'avait subi aucune flétrissure (C. 1, §§ 13 à 17 et 21), ses biens revenaient aux personnes déterminées, conformément aux paragraphes 40 et suiv. — Remarquons, du reste, que la permission de tester n'était jamais accordée à ces affranchis déditices, à la différence de ce qui était réglé quant aux affranchis citoyens romains.

§ 76. Eorum vero bona, qui si non in aliquo vitio essent, manumissi futuri Latini essent, proinde tribuuntur patronis, ac si Latini decessissent; nec me prætererit, non satis in ea re legis latorem voluntatem suam verbis expressisse.

§ 76. Les biens de ceux qui deviendraient Latins par l'affranchissement, s'ils n'avaient commis aucun crime, sont accordés aux patrons comme ceux des Latins, et je n'oublie pas que, dans ce cas, le promoteur de la loi n'a pas assez clairement exprimé sa volonté.

De même que, dans le cas où la manumission d'un esclave n'avait fait de lui qu'un affranchi latin, ses biens étaient dévolus, *quodam jure peculii*, à certaines personnes déterminées (§§ 56 et suiv.), de même, quand, par suite d'une flétrissure antérieure, il ne pouvait devenir que déditice, ses biens étaient dévolus après sa mort, comme s'il était devenu Latin-Junien.

Des successions ab intestat, *d'après les Novelles 118 et 127.*

Par ses Novelles 118 et 127, Justinien régla ainsi qu'il suit l'ordre des successions *ab intestat* des personnes ingénues.

Il reconnut quatre classes d'héritiers :

1° Celle des descendants;

2° Celle des ascendants et des frères *germains* et de leurs descendants au premier degré ;

3° Celle des frères et sœurs *consanguins* ou *utérins* et de leurs descendants ;

4° Celle des autres collatéraux.

Les descendants venaient en première ligne, qu'ils fussent ou non héritiers siens du défunt, et les petits-enfants représentaient leurs père et mère à l'infini. Le partage se faisait par souche, et non par tête.

On accordait à la veuve pauvre et sans dot un quart, si son mari laissait plus de trois enfants, part virile dans le cas contraire.

Le père du défunt conservait l'usufruit sur les biens de son fils qui lui avaient appartenu à ce titre de son vivant. Il concourait avec ses enfants ou petits-enfants venant à la succession de leur mère morte sans testament, et avait l'usufruit de la succession entière, lorsque ses enfants étaient sous sa puissance, et l'usufruit d'une part virile, dans le cas contraire.

A défaut de descendants, les frères et sœurs germains et leurs enfants au premier degré étaient appelés en concours avec les ascendants du défunt.

Si le *de cujus* n'avait laissé que des ascendants, le plus proche venait, à l'exclusion des autres.

Si plusieurs ascendants étaient au même degré et dans la même ligne, ils partageaient par tête; s'ils étaient de ligne différente, quoique à des degrés divers, la succession se partageait par moitié, et la moitié de chaque ligne était dévolue au plus proche ascendant ou aux plus proches, par tête, s'ils étaient plusieurs. Quand le défunt n'avait laissé que des frères et sœurs germains, le partage se faisait entre eux par tête; et, s'il avait en même temps laissé des neveux et des nièces, ces derniers étaient admis à représenter leur auteur. Dans le cas où le *de cujus* n'avait laissé que des neveux et nièces, il y avait entre eux partage par souche.

S'il existait à la fois des ascendants et des frères et sœurs germains du défunt, il y avait partage par tête; et s'il y avait en même temps des enfants de frères ou sœurs, la représentation leur était accordée.

Dans le cas où les ascendants étaient en présence d'enfants de frères ou sœurs seulement, ces derniers étaient exclus.

Lorsqu'il n'y avait ni descendants, ni ascendants, ni frères ou sœurs germains ou descendants d'eux, le troisième ordre successoral était appelé. Il comprenait les frères ou sœurs consanguins ou utérins, et leurs enfants, à leur défaut. Le partage avait lieu par tête, sans distinction de l'origine des biens.

A défaut d'héritiers dans les trois ordres dont nous venons de parler, les autres collatéraux étaient appelés.

Sous Justinien, on ne distinguait plus qu'une classe d'affranchis, et leur succession était dévolue, suivant ce qui a été dit sous le § 54.

§ 77. Videamus autem et de ea successione quæ nobis ex emptione bonorum competit.

§ 77. Occupons-nous de la succession qui nous compète par l'achat des biens.

Notre auteur va s'occuper de plusieurs autres espèces de successions par universalité, et d'abord de l'*emptio bonorum*.

§ 78. Bona autem veneunt aut vivorum, aut mortuorum, vivorum velut eorum qui fraudationis causa latitant, nec absentes defenduntur; item eorum qui ex lege Julia bonis cedunt; item judicatorum post tempus quod eis partim lege XII Tabularum, partim edicto prætoris ad expediendam pecuniam tribuitur. Mortuorum bona veneunt, velut eorum quibus certum est neque hæredes, neque bonorum possessores, neque ullum alium justum successorem existere.

§ 78. On vend les biens des personnes vivantes et ceux des personnes qui sont mortes; on vend ceux des vivants qui se cachent pour frauder, et qui, dans leur absence, ne se font pas défendre par d'autres; on vend encore ceux des personnes qui, en vertu de la loi Julia (an de Rome 708), ont fait cession de biens, et ceux des personnes condamnées par le juge et qui n'ont pas payé la condamnation dans le temps qui leur est accordé par la loi des Douze Tables et par le préteur. On vend les biens des personnes décédées, lorsqu'on est certain que ces personnes n'ont ni héritiers, ni possesseurs des biens, ni aucun autre successeur.

Le préteur accordait l'envoi en possession des biens de quelqu'un pour assurer à une personne la conservation de ses droits, ou pour contraindre à l'exécution de ses décrets ou des sentences judiciaires. Ces *missiones in possessionem* avaient lieu le plus souvent pour une universalité de biens, quoiqu'elles s'appliquassent aussi *in res singulas*. Il y avait *missio in possessionem*, au profit de ses créanciers, contre un débiteur qui se cachait sans se faire défendre, ou qui n'exécutait pas la sentence rendue contre lui, ou contre le débiteur *confessus* qui ne donnait pas satisfaction à son créancier, et ce, dans les trente jours qui suivaient le prononcé de la décision ou l'aveu (texte, *hic*; — L. 4, § 5, et L. 7, ff. *de re judic.*; — Aulu-Gelle; *Nuits att.*, XX, 1; — Festus, v° *Justi*, et Macrobe, *Sat.* I, 16).

Dans le premier cas, elle avait pour but de contraindre le débiteur à se présenter, pour qu'on pût le condamner; dans le second, d'assurer l'effet de la condamnation, et dans le troisième, celui de la *confessio*. Les créanciers d'une succession vacante pouvaient obtenir l'envoi en possession des biens de leur débiteur défunt. Il y avait un autre cas d'application en faveur de l'enfant qui était encore dans le sein de sa mère, et un autre était fourni par l'édit Carbonien en faveur de l'impubère successible dont on contestait l'état. En matière de dommage imminent, il y avait aussi lieu à cette *missio*, alors que le propriétaire du bâtiment menaçant ruine refusait la stipulation prétorienne, dite caution *damni infecti* (*infrà*, sous le § 96). Enfin, nous savons que les légataires ou les fidéicommissaires pouvaient l'obtenir contre l'institué qui refusait la *cautio legatorum*, autre stipulation prétorienne. — Dans tous ces cas, l'envoyé en possession n'avait que la garde des biens; c'était une sorte de gage. Il faut se garder de confondre cette possession avec la *bonorum possessio* accordée aux successeurs prétoriens (L. 7, ff. *quib. ex caus.*; — ff. *de incendio*; *de damno infecto*; *ut in poss. leg.*; — et L. 37, *pr.*, ff. *de oblig. et act.*; — et C., *lib.* VII, tit. LXXII).

La *missio in possessionem*, dont nous avons à nous occuper ici, constituait pour celui auquel elle profitait un véritable *pignus prætorium*, en ce sens que les créances non garanties par une affectation semblable étaient primées par celles du *missus*. Aussi voyons-nous que l'effet produit par une telle

missio était appelé *pignus prætorium* (L. 26, ff. *de pigner. act.*, et L. 3, C., *de præt. pign.*).

§ 79. Si quidem vivi bona veneant, jubet ea prætor per dies continuos XXX possideri, *tum* proscribi; si vero mortui, post dies XV; postea jubet convenire creditores, et ex eo numero magistrum creari, id est, eum per quem bona veneant; itaque si vivi bona veneant, in diebus *pluribus veniri* jubet, si mortui in diebus *paucioribus*; nam vivi bona XXX, mortui vero XX emptori addici jubet; quare autem tardius viventium bonorum venditionem complere jubeat, illa ratio est, quia de vivis curandum erat, ne facile bonorum venditiones paterentur.

§ 79. Quand les biens d'une personne vivante doivent être vendus, le préteur accorde une possession de trente jours, pendant lesquels on annonce la vente de ces biens; s'il s'agit des biens d'une personne décédée, une possession de quinze jours suffit. Après ce délai, le préteur ordonne aux créanciers de s'assembler pour élire un magister (syndic) choisi parmi eux, lequel sera chargé de la vente des biens ; et si la vente doit avoir lieu, le préteur accorde un plus grand nombre de jours, lorsqu'il s'agit des biens d'un vivant, que lorsqu'il s'agit de ceux d'un défunt, car il ordonne que les biens d'un vivant soient adjugés après trente jours, et ceux d'un défunt après vingt jours seulement : la raison de cela est qu'il faut avoir soin qu'on ne souffre pas trop aisément la vente des biens des vivants.

La *missio in possessionem* des biens d'un débiteur et celle des biens d'un défunt qui n'avait pas de successeur étaient suivies d'une possession de trente jours dans le premier cas, et de quinze dans le second. L'envoyé en possession devait conserver sur les lieux les objets qu'il pouvait y garder convenablement; il pouvait enlever et transporter ailleurs ce qui était incommode à surveiller sur les lieux. En aucun cas, il n'était autorisé à chasser le propriétaire malgré lui.— Après le délai de trente ou de quinze jours, qui était employé à annoncer la vente des biens, le préteur ordonnait aux créanciers de s'assembler pour élire un *magister* (syndic) choisi

parmi eux et chargé de la vente. L'adjudication ne pouvait avoir lieu que trente jours après cette réunion, s'il s'agissait des biens d'un débiteur vivant, et après vingt, s'il s'agissait de ceux d'un défunt. La raison de cette différence dans les délais tenait à ce que la vente des biens d'une personne vivante ne devait pas être consentie facilement, attendu qu'elle pouvait l'empêcher, soit en fournissant la caution *judicatum solvi*, soit en payant. Cicéron nous apprend que la *missio in possessionem* des biens d'un débiteur n'était accordée que rarement, et sous de sages restrictions, après plusieurs défauts (*Pro P. Quintio*, 16 et 27).

§ 80. Neque *autem* bonorum possessi*one res emptorum* pleno jure fiunt, sed in bonis efficiuntur; *ex jure quiritium* autem ita demum acquiruntur, si usuceperunt; interdum quidem bonorum emptoribus i*psum j*us quir*itium* mancipio *con*jungitur, si per eos *fuerint* bonorum emptor*es qui bona cesserunt ex lege Julia : alio*qu*in res ejus, cujus bona vendita sunt, utili tantum actione peti possunt.*

§ 80. Cette possession des biens ne rend pas de plein droit ces biens chose des acheteurs, mais les place dans leurs biens; d'après le droit quiritaire, ils ne deviennent la propriété des acheteurs que par l'usucapion; quelquefois le droit quiritaire vient en aide aux acheteurs de biens par la mancipation : si, par exemple, ils ont acheté de celui qui leur a fait cession de biens en vertu de la loi *Julia;* du reste, les choses vendues ainsi ne peuvent être vendiquées que par l'action utile.

Au temps de Gaïus, cette adjudication ne donnait pas le domaine quiritaire à l'acheteur; elle ne lui donnait que le domaine *in bonis,* en lui permettant d'arriver au véritable domaine par l'usucapion. C'était donc un moyen d'avoir la chose *in bonis,* mode qu'il faut ajouter à celui qui résultait de l'aliénation, faite par le véritable propriétaire, d'une chose *mancipi*, sans l'emploi des formalités voulues par le droit civil, et qui, d'après M. Ortolan, était le seul moyen connu d'arriver au domaine *in bonis*.

L'*emptio bonorum*, qui suivait la *missio in possessionem* dont nous venons de parler, différait de la *sectio bonorum*, laquelle n'avait lieu qu'en faveur du trésor public, relativement

aux biens de celui qui avait été condamné sur une accusation publique. La *sectio bonorum* appartenait au droit civil; aussi les *sectores* (acheteurs) *bonorum* devenaient-ils propriétaires *ex jure quiritium*, sans qu'il fût besoin de recourir à l'usucapion. La vente se poursuivait par les questeurs du trésor que le préteur envoyait en possession. N'oublions pas que, sous Justinien, la différence entre le domaine *in bonis* et le domaine *ex jure quiritium* avait disparu (Asconius, *ad Cic.*, Verr. I, 20 et 23).

La *missio in possessionem* avait remplacé, dans la pratique, la contrainte qui, autrefois, s'exerçait sur la personne du débiteur au moyen de la *manus injectio*. Toutefois ce dernier mode d'exécution s'était perpétué même jusqu'au temps de Justinien, mais avec des adoucissements (Plutarque, 20, *Lucullus;* — Cic., *Pro Flacc.*, 20, 21; — Lex Rubria, c. 21 et 22; — Diodor., I, 79).

§ 81. Item quæ debit*a ei sunt*, aut ipse debuit, neque bonorum possessor, *neque* bonorum emptor ipso jure debent, *neque ipsis debetur*, *sed* de omnibus rebus, *utiles actiones a prætore ipsis et in eos comparatæ sunt*, *sicut inferius pro*ponemus.

§ 81. De plus, ce qui était dû à celui dont les biens sont vendus, ou ce qu'il devait lui-même, n'est pas dû, d'après le droit civil, par le possesseur des biens, ni par l'acheteur, et ne leur est pas dû d'après le droit civil; mais, pour tout ce qui leur est dû et pour ce qu'ils doivent, les actions utiles sont accordées par le préteur, pour et contre eux, comme nous l'expliquerons plus bas (C. 4, § 35).

Cette espèce de succession universelle tomba en désuétude et fut remplacée, sous Dioclétien et Maximien, par la mise en vente des biens du débiteur, qui conférait à l'acheteur la propriété des biens qui lui étaient vendus par les créanciers, lorsque, après un certain nombre de jours d'envoi en possession, ils avaient été autorisés par le juge compétent à les vendre (LL. 5 et 9, C., *de bon. auctor. judic.*).

La *distractio bonorum* était la vente en détail, faite par l'office d'un curateur, des biens d'un débiteur illustre. Elle

était moins rigoureuse que l'*emptio bonorum*, en ce qu'elle n'entraînait aucune déchéance d'état, à la différence de celle-ci, qui faisait éprouver une diminution de tête infamante. Du reste, à la chute du système formulaire, la *distractio bonorum* fut accordée en faveur de tout débiteur. A la différence de l'*emptio bonorum*, elle ne libérait le débiteur que jusqu'à concurrence du prix produit par la vente (LL. 5 et 9, ff. *de cur.*; — L. 4, *de curat. bon. dando*).

La *cessio bonorum* était l'abandon volontaire que le débiteur faisait de ses biens à ses créanciers, soit judiciairement, soit extrajudiciairement; elle était suivie de la vente, comme la *missio in possessionem;* mais elle ne faisait pas éprouver de *capitis deminutio* au débiteur, et, à l'inverse, elle ne le libérait pas complétement, et ne mettait pas à l'abri des poursuites de ses créanciers ses biens futurs, pourvu qu'ils fussent de quelque importance; mais elle lui permettait de réclamer le bénéfice de compétence (L. 4, *pr.*, ff. *de cession. bonor.;* — LL. 6 et 9, *eod.*).

Le *pignus prætorium judiciale* différait encore des moyens de contrainte qui précèdent. Il était ordonné par le magistrat contre un débiteur condamné ou *confessus*, et consistait en une espèce de séquestre de certains objets, séquestre dont la durée était de deux mois, après lesquels la vente était faite par les *officiales*. Le prix en provenant servait à l'acquit de la dette. Le créancier pouvait devenir adjudicataire faute d'acheteurs (LL. 16 et 31, ff. *de re judic.;* —L. 1, C., *si in causâ jud. pignus*).

§ 82. Sunt autem etiam alterius generis successiones, *quæ* neque lege XII Tabularum, neque prætoris edicto, sed eo jure *quod* consensu receptum est, introductæ sunt, *velut*, quum pater-familias se in adoptionem dedit, mulierque in manum convenit.

§ 82. On remarque encore des successions d'un autre genre, instituées par la coutume, et qui ne dérivent ni de la loi des Douze Tables ni de l'édit du préteur, par exemple celle qui a lieu lorsqu'un père de famille se donne en adrogation, ou lorsqu'une femme se place *in manu*.

On a vu, C. 1, §§ 99 et suiv., la forme et les effets de l'adrogation, et, §§ 110 et suiv., la manière dont s'accomplissait la mise *in manu*.

§ 83. *Etenim eo casu* res incorporales et corporales, quæque ei debitæ sunt, patri adoptivo coemptionatorive acquiruntur, exceptis iis quæ per capitis deminutionem pereunt, quales sunt ususfructus, operarum obligatio libertorum, quæ per jusjurandum contracta est, et *etiam* legitimo judicio.

§ 83. Car, dans ces cas, toutes les choses incorporelles et corporelles, et les créances de l'adrogé ou de la femme sont acquises au père adoptif ou au coemptionateur, à l'exception des droits qui périssent par la diminution de tête, comme l'usufruit, les obligations de travaux des affranchis, contractées par serment, ou résultant d'un *judicium*, fût-il légitime.

Justinien voulut que l'usage et l'usufruit ne s'éteignissent plus par la petite diminution de tête. En conséquence, ils étaient acquis à l'adrogeant (*Instit.*, *de acquis. per adrog.*, § 1).

On sait quels changements furent apportés dans les droits des pères sur les biens de leurs enfants. Justinien déclare (*loc. cit.*, § 2) que l'adrogeant ne peut plus, par suite, prétendre *qu'à l'usufruit* des biens de l'adrogé, sauf le cas de succession, suivant ce qui a éte dit ci-dessus sous le § 76.

Les droits que le patron avait sur son affranchi étaient de trois sortes : les *obsequia*, ou droit au respect, auquel tout affranchi était toujours soumis; droits de travaux, auxquels l'affranchi n'était soumis que s'il s'y était engagé par serment ou stipulation, ou s'il avait été condamné à les fournir; et, enfin, droits de succession, qui sont détaillés dans ce troisième commentaire. L'obligation *operarum* était exclusivement attachée à la personne du patron (*V.* Ulp., *Frag.* VI). Aussi n'est-il pas étonnant qu'elle s'éteignît par le changement d'état éprouvé par le patron. Paul, *Sentences*, liv. II, tit. XXXII, nous apprend que le patron nécessiteux pouvait contraindre son affranchi à lui fournir des aliments, et le jurisconsulte classe cette obligation, formée par une sentence judiciaire, parmi les devoirs *operarum*. M. Ortolan, t. III, p. 105, note, entend la fin du § 83 de notre texte autrement que nous. D'après lui, la créance dont parle Gaïus ne serait point alimentaire, mais elle s'éteindrait, quelle que fût sa cause, par cela seul qu'elle aurait été déduite en *judicium legitimum*. — (*V.* C. 4, §§ 103 et suiv.).

§ 84. *Sed e* diverso q*uod debebatur ab eo qui se in* adoptionem dedit *vel ab ea quæ in manum convenit, ad* ipsum *pertinet* coemptionatorem, aut ad patrem adoptivum *quamvis sit* hæreditarium æs alienum, *quia enim coemptionator et* ipse pater adoptivus succed*it, et* hæres fit, directo tenetur jure; *sed qui* se adoptandum dedit, *et ea quæ in manum convenit*, desin*unt esse* hæredes; de eo vero, quod p*roprio nom*ine *eæ* personæ debuerint, licet neque pater adoptivus teneatur, neque coemptionator, *neque* ipse quidem, qui se in adoptionem ded*it, vel* quæ in manum convenit, maneat obligatus obligatave, quia *scilicet* per capitis deminutionem liberantur, tamen in eum eamve utilis actio datur, r*escissa* capitis deminutione: et, si adversus hanc actionem non defendantur, quæ bona eorum futura fuissent, si se alieno juri non subjecissent, universa vendere creditoribus prætor permittit.

§ 84. Mais, à l'inverse, ce qui était dû par l'adrogé, ou par la femme qui s'est placée *in manu*, grève le coemptionateur ou le père adoptif, si c'est une dette héréditaire de l'adrogé ou de la femme; car, puisque le coemptionateur et le père adoptif succèdent et deviennent héritiers, ils sont tenus directement, tandis que l'adrogé et la femme placée *in manu* cessent d'être héritiers; mais, quant aux dettes contractées en leur nom par ces personnes, quoique le père adoptif et le coemptionateur n'en soient pas tenus, non plus que l'adrogé lui-même, ni la femme *in manu*, ces derniers restent néanmoins obligés, parce que, bien qu'ils soient libérés par la diminution de tête, le préteur donne contre eux les actions utiles, la diminution étant comme non avenue; s'ils ne sont pas défendus contre ces actions, les biens qui leur seraient advenus s'ils ne s'étaient pas placés sous la puissance d'autrui sont vendus en entier par les créanciers, avec l'autorisation du préteur.

Quand celui ou celle au profit de qui un droit d'hérédité était ouvert se donnait en adoption ou *in manu*, l'adrogeant ou le coemptionateur acquérait une universalité dans laquelle il y avait de l'actif et du passif; aussi était-il tenu directement comme héritier de celui qui avait l'adrogé ou la femme pour héritier. Hors ce cas, l'adrogeant ou le coemptionateur n'était pas tenu directement des dettes de l'adrogé ou de la femme *in manu*. Le préteur donnait l'action utile contre ces

derniers. — Au temps de Justinien (*Inst.*, *loc. cit.*, § 3), les créanciers agissaient contre l'adrogeant, et si celui-ci ne se défendait pas, ils obtenaient l'envoi en possession des biens de l'adrogé, usufruit compris.

Justinien, en ses *Institutes*, livre III, tit. XI et XII, parle encore de deux espèces de successions par universalité :

La première était celle d'un esclave affranchi par testament qui se faisait adjuger, à défaut d'héritier testamentaire ou *ab intestat*, les biens de son maître, à la charge de satisfaire ses créanciers et de maintenir les affranchissements portés dans le testament. L'empereur Marc-Aurèle voulut, par un rescrit, qu'un tel esclave pût obtenir l'addiction des biens de son maître et devenir libre aux conditions ci-dessus, en fournissant caution de payer intégralement les créanciers. Dans cette situation, il était à la place de l'héritier testamentaire et obtenait les droits de patronage sur les affranchis auxquels la liberté avait été laissée par fidéicommis, les autres étant *liberti orcini*, à moins qu'il n'eût mis pour condition que ces derniers seraient également ses affranchis, et qu'ils y eussent consenti. Le même rescrit portait qu'à défaut d'un esclave demandant l'addiction, le fisc pouvait accepter les biens, à la charge de maintenir les affranchissements. Cette addiction avait pour effet d'éviter la vente des biens et d'assurer le maintien des affranchissements (*Instit.*, *de eo cui libert. causa*, *pr.*, et §§ 1 et 2). — L'empereur Gordien en étendit l'application au cas où un étranger demandait l'addiction (L. 6, C., *de testam. manum.*). Justinien maintint cette succession par universalité et décida que la demande d'addiction serait accueillie même au cas où les affranchissements auraient été faits par codicilles, par acte entre-vifs ou pour cause de mort (*Instit.*, *eod.*, §§ 3, 4 et 6).

L'autre succession par universalité dont il est question aux *Institutes*, liv. III, t. XII, est celle qui résultait du sénatus-consulte Claudien.— On a vu, *suprà*, C. 1, § 160, que, lorsqu'une femme libre avait eu commerce avec un esclave, malgré les avertissements de son maître, elle devenait esclave. Il suivait de là que ses biens étaient acquis à son maître. — Justinien a supprimé une telle disposition comme indigne de son siècle, c'est-à-dire qu'il ne voulut pas qu'un tel commerce

entraînât la perte de la liberté et ses conséquences (*eod.* § 1). — On a vu aussi que, lorsque la femme libre avait eu commerce avec un esclave, de l'assentiment de son maître, les enfants qui naissaient de cette union étaient libres ou esclaves, suivant les arrangements faits entre la femme libre et le maître, mais que l'empereur Adrien avait ordonné que les enfants naîtraient libres (C. 1, § 84), sauf l'exception prévue au § 86.

§ 85. *Item si is ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hæreditas, eam hæreditatem, antequam cernat*, aut pro hærede gerat, alii in jure cedat, pleno jure hæres *fit is cui eam cesserit, perinde ac si ipse per* legem ad hæreditatem vocaretur; quod si postea quam hæres exstiterit, cesserit, adhuc hæres manet et ob id *a* creditoribus ipse tenebitur: sed res corporales transfert, proinde ac si singulas in jure cessisset; debita vero pereunt, eoque modo debitores hæreditarii lucrum faciunt.

§ 85. De même, si celui à qui une hérédité légitime appartient *ab intestat* la cède *in jure* à quelqu'un avant d'avoir fait crétion ou acte d'héritier, ce quelqu'un qui est cessionnaire devient héritier de plein droit, comme s'il avait été appelé par la loi à l'hérédité; si l'héritier ne fait la cession qu'après avoir accepté l'hérédité, il reste héritier, et, à cause de cela, tenu lui-même envers les créanciers; mais il transfère les choses corporelles comme s'il les cédait chacune en particulier; ce qui était dû à l'hérédité s'éteint; de cette manière, les débiteurs d'une hérédité font un bénéfice.

§ 86. Idem juris est si testamento scriptus hæres, posteaquam hæres exstiterit, in jure cesserit hæreditatem; ante aditam vero hæreditatem cedendo nihil agit.

§ 86. Il en est ainsi lorsqu'un héritier testamentaire cède l'hérédité *in jure* après l'avoir recueillie; s'il la cédait avant de l'avoir recueillie, il ferait un acte nul.

§ 87. Suus autem et necessarius hæres an aliquid agat in jure cedendo, quæritur; nostri præceptores nihil eos agere existimant : diversæ scholæ auctores idem eos agere putant, quod cæteri post aditam hæreditatem; nihil

§ 87. On demande si un héritier sien et nécessaire fait un acte valable en cédant *in jure* l'hérédité qui lui est dévolue? Nos maîtres pensent qu'il fait un acte nul : les proculéiens pensent qu'il fait comme font les héritiers légitimes qui

enim interest, utrum aliquis cernendo aut pro hærede gerendo hæres fiat, an juris necessitate hæreditati adstringatur.

cèdent cette hérédité *in jure* après l'avoir recueillie ; car peu importe que quelqu'un devienne héritier par la crétion, ou parce qu'il fait acte d'héritier, ou parce qu'il est forcé d'être héritier.

Pour l'intelligence des §§ 85-87, il faut se reporter à ce qui a été dit sous les §§ 34 et suiv. du com. 2.

§ 88. *Nunc transeamus* ad obligationes, quarum summa divisio in duas species deducitur ; omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto.

§ 88. Passons maintenant aux obligations : la grande division des obligations est celle qui distingue les obligations qui naissent d'un contrat et les obligations qui naissent d'un délit.

Notre texte passe à la matière des *obligations*. — On entendait par *obligatio*, dans le langage des jurisconsultes romains, le *lien de droit* qui astreignait un individu à *donner*, à *faire* ou à *fournir* (L. 3, ff. *de oblig. et act.*).

On distinguait les obligations *civiles* des obligations *prétoriennes*, les obligations *de droit* des obligations *naturelles*, celles qui naissaient des contrats de celles qui naissaient *ex delicto*.

On verra plus loin qu'à côté des contrats et des délits, le droit civil avait placé certains faits générateurs d'obligations qui présentaient quelque analogie soit avec les contrats, soit avec les délits ; aussi disait-on qu'une obligation naissait *quasi ex contractu* quand le fait générateur avait du rapport avec un contrat, et qu'elle naissait *quasi ex delicto*, quand ce fait se rapprochait de l'un de ceux que la loi avait rangés parmi les délits.

§ 89. Et prius videamus de his quæ ex contractu nascuntur ; harum quatuor genera sunt ; aut enim re contrahitur obligatio, aut verbis, aut litteris, aut consensu.

§ 89. Occupons-nous d'abord des obligations qui naissent d'un contrat ; il y en a quatre espèces : les obligations qui se contractent par la chose, celles qui se contrac-

tent par des paroles, celles qui se contractent par lettres, et celles qui se forment par le mutuel consentement.

Les obligations résultant d'un contrat étaient de quatre espèces : *réelles*, *littérales*, *verbales*, *consensuelles*, suivant qu'elles résultaient d'un contrat *réel*, d'un contrat *litteris*, d'un contrat *verbal* ou d'un contrat *consensuel*. Elles vont être, les unes et les autres, l'objet des dispositions qui suivent.

Le droit civil ne reconnaissait comme formant lien de droit, en vertu de l'accord des volontés, que les quatre espèces de conventions que nous venons de rappeler. — Les constitutions impériales et le droit prétorien vinrent rendre obligatoires et garantir au moyen d'une action certaines conventions qui ne rentraient pas dans les contrats du droit civil et qu'on désignait tantôt sous le nom de *pactes*, tantôt sous celui de *conventions*. Nous en parlerons *infrà* en traitant des actions (C. 4, §§ 38, 47, 69 et suiv.), et, au présent commentaire, §§ 91 et 168.

§ 90. Re contrahitur obligatio velut mutui datione, et proprie in his fere rebus contingit, quæ *res* pondere, numero, mensura constant : qualis est pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum, æs, argentum, aurum; quæ res aut numerando, aut metiendo, aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant, et quandoque nobis non eadem, sed aliæ ejusdem naturæ reddantur; unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fiat.

§ 90. L'obligation se contracte *re*, par une dation en *mutuum*; le *mutuum* est presque restreint, dans son objet, aux choses qui consistent dans le poids, le nombre et la mesure : tels que la monnaie, le vin, l'huile, le blé, l'airain, l'argent, l'or; lorsque nous donnons ces choses en les comptant, les mesurant ou les pesant, c'est pour qu'elles deviennent la propriété de celui qui les reçoit, et qu'on nous rende, non pas identiquement les mêmes choses, mais d'autres choses de la même nature; on appelle ce contrat *mutuum*, parce que ce que je vous livre ainsi devient vôtre, de mien qu'il était.

De ce que le *mutuum* ne se forme qu'autant que la chose livrée devient la propriété de celui qui la reçoit, il suit que, lorsque celui qui la livre n'en est pas propriétaire ou n'est pas capable de l'aliéner, l'obligation résultant du *mutuum* ne naît pas. Le propriétaire ne pourra agir contre celui qui a reçu que par la revendication, si la chose existe, et par l'action *ad exhibendum*, si elle a été consommée de mauvaise foi; enfin, par la *condictio certi*, si elle l'a été de bonne foi (*V.* com. 2, § 82, et Justin., *Instit.*, *quibus alienare licet vel non*, § 2).

Lorsque au contrat de *mutuum* se joignait une stipulation spéciale d'intérêts par celui qui livrait sa chose pour en transférer la propriété, et qu'elle était suivie d'une promesse conforme, le contrat prenait le nom de contrat *usuraire;* d'où nous vient, en droit français, celui de contrat de *prêt à intérêt*. Le taux qu'il était permis de stipuler pour intérêt d'un capital subit diverses vicissitudes, que nous n'avons pas à retracer ici; qu'il nous suffise de dire qu'en dernière analyse il ne pouvait dépasser 12 p. 0/0 par an (L. 26, au Code, *de usuris*). — *V.* ce que nous avons écrit sur ctte matière dans la *Revue critique*, 1863, p. 34 et suiv.

§ 91. Is quoque qui non debitum accipit, ab eo qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest, SI PARET EUM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset; unde quidem putant, pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione; sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium, quam contrahere.

§ 91. Celui qui reçoit d'un autre, qui la paye par erreur, une chose qui ne lui était pas due, s'oblige par la chose; car on peut exercer contre lui la condiction, S'IL APPERT QU'IL DOIT DONNER, tout comme s'il avait reçu un *mutuum;* cela fait dire à plusieurs auteurs que le pupille ou la femme à qui on a payé par erreur une chose non due, et sans l'autorisation de son tuteur, n'est pas plus tenu par la condiction qu'il ne le serait dans le cas où il aurait reçu un *mutuum;* mais cette obligation particulière ne paraît pas naître d'un contrat, parce que celui qui donne pour payer

veut plutôt aliéner sa chose
que contracter.

L'obligation qui naît du payement de l'indû ne résulte pas, comme le dit notre texe, d'un contrat. Si Gaïus parle de cette obligation à côté de celle qui naissait du *mutuum*, c'est parce que, de même que dans ce contrat, lorsque la chose payée par erreur était une somme d'argent, celui qui l'avait reçue était tenu à une restitution semblable et par une action pareille (Justinien, *Instit.*, *de obligat. quasi ex contractu*, § 6).

Le § 7 de ce dernier titre cite des exemples de cas où la chose payée par erreur ne peut être répétée: ce sont ceux où le montant des condamnations augmente en cas de dénégation. Expliquons-nous: celui auquel on demandait en vertu de la loi Aquilia était condamné au double, au cas de dénégation de sa part, lorsqu'il était établi qu'il devait; aussi, lorsqu'il consentait à payer au lieu de contester, il ne pouvait ensuite réclamer comme ayant payé indûment. On considérait le payement fait par lui comme le résultat d'une transaction. De même, le débiteur d'un legs ou d'un fidéicommis fait au profit des églises, des monastères et autres lieux vénérables ne pouvait répéter le legs qu'il prétendait avoir acquitté par erreur au profit de ces établissements.

Gaïus ne cite, comme exemple de contrats qui se forment *re*, que le *mutuum*. A côté se placent: le *commodat*, le *dépôt* et le *gage* ou *contrat hypothécaire*.

Le *commodat* ou *prêt d'argent* était un contrat qui se formait par la remise qu'on faisait à un autre, pour qu'il s'en servît *gratuitement*, d'une chose mobilière ou immobilière, à la charge de la rendre identiquement après s'en être servi (*Instit.*, *quib. modis re contrah.*, § 2). — Il résultait de ce caractère de gratuité établi en faveur de l'emprunteur une obligation étroite de veiller à la conservation de la chose, et par suite une responsabilité très-grande quant à ses fautes (*V.* 2e appendice, à la suite de ce commentaire).

On appelle contrat de *dépôt* celui par lequel on confie une chose à garder gratuitement à quelqu'un (L. 1, ff. *depositi vel contrà*).

Le dépositaire était tenu de restituer *in specie* la chose qu'il

avait reçue. Ce contrat était essentiellement gratuit : toute convention qui attribuait un prix au dépositaire faisait dégénérer le contrat en louage (*eod.*, §§ 8 et suiv.). — A l'inverse du commodataire, le dépositaire n'était tenu que de sa faute lourde, par le motif qu'il rendait un service purement gratuit (*infrà*, 2ᵉ appendice).

Celui qui avait reçu une chose en gage comme garantie de sa créance était obligé *re* à restituer identiquement la chose qui lui avait été remise. Dans le principe, les choses mobilières pouvaient seules constituer le gage. Mais le droit prétorien introduisit un droit né du gage même, sans tradition, et qui, s'appliquant aux choses immobilières, reçut le nom d'hypothèque (L. 9, § 2, ff. *de pigner. act.*, et L. 238, § 2, *de verbor. signif.*).

Il y avait trois espèces de gages :

1° Le gage *prétorien*, qui comprenait tout ce dont ce magistrat donnait la possession (L. 26, ff. *de pigner. actione*);

2° Le gage *judiciaire*, qui était donné en vertu de la chose jugée (LL. 31 et 40, ff. *de re judicatâ*);

3° Et le gage *conventionnel*, résultant d'un contrat (L. 1, ff. *de pignerat. act.*; — *Instit., quib. modis re contrah. obligatio*).

Le gage conventionnel, le seul dont nous ayons à nous occuper ici, se constituait, dans le principe, par la mancipation ou la cession *in jure*, qui rendait le créancier propriétaire de la chose. La clause de *fiducie* s'ajoutait à l'acte solennel de mancipation ou de cession, dans l'objet d'obliger le créancier à rémanciper ou à rétrocéder la chose au débiteur après le payement (Gaïus, com. 2, § 60).

Plus tard, et à côté de cette constitution de gage, se développa un autre mode qui se réalisait par la seule tradition à titre de nantissement, et qui ne donnait au créancier qu'un simple droit de possession sur la chose (L. 13, C., *de pignor. et hypoth.*).

Comme les choses incorporelles n'étaient pas susceptibles de tradition, les choses corporelles seules pouvaient être l'objet du gage proprement dit (L. 43, § 1, ff. *de acquir. rer. domin.*).

L'expression de *gage* ne s'appliquait, à proprement parler,

qu'aux choses mobilières (L. 238, § 2, ff. *de verb. sign.*).

Toutefois, les choses *immobilières*, comme les meubles, pouvaient être données en gage; mais le nom d'*hypothèque* désignait plus spécialement le contrat de gage sur les immeubles (L. 9, § 2, ff. *de pigner. actione vel contrà*).

Dans l'origine, le créancier gagiste n'avait qu'un droit de rétention sur la chose, et, lorsqu'elle était vendue sur ses poursuites ou sur celles d'un autre créancier, il n'avait aucun droit de préférence. Toutefois, les parties pouvaient convenir qu'à défaut de payement par le débiteur, le créancier deviendrait propriétaire de la chose. On appelait *lex commissoria* une telle clause (*Sentences* de Paul, II, 13). Elle fut prohibée par Constantin (L. 3, C., *de pactis pignor.*).— Le contrat de gage ne donnait par lui-même naissance qu'à une obligation (*Instit., quibus modis re contrah. oblig.*, § 4).

C'est au droit prétorien qu'on doit l'introduction du pacte d'hypothèque, qui permettait aux débiteurs de créer sur leur chose un droit réel opposable aux tiers par le seul effet d'une convention. Cicéron est le premier des écrivains romains qui en fasse mention (*Ad familiam*, XIII, 56).

Dans la pratique, on ne tarda pas à admettre que tout contrat de gage emportait hypothèque; d'où résultait pour le créancier un droit personnel contre le débiteur, entraînant celui de rétention, et le droit de se faire payer par préférence sur la chose reçue en gage (*V.*, à cet égard, comm. 4, sous le § 38). Le *pignus prætorium* fut assimilé, dans ses effets, au contrat de gage, et par suite donna au créancier le droit de suite et celui de préférence (L. 2, C., *de præt. pignor.*).

Le gage judiciaire fut également assimilé au gage conventionnel (L. 1, C., *si in causâ judic.*).

L'obligation principale du créancier gagiste était de restituer le gage après le payement (*Instit., quib. mod. re contrah.*, § 4). Le débiteur avait contre lui, à cet effet, l'action *pigneratitia* directe (L. 9, § 2, ff. *de pigner. act.*). — Il était tenu, en outre, de veiller à la conservation de la chose, et responsable de son dol et de sa faute *légère* (*infrà*, 2e appendice).

Quant au débiteur, il était tenu envers le créancier par l'action contraire *pigneratitia* pour les dépenses nécessaires

et utiles faites dans l'intérêt de la chose et pour le trouble éprouvé par le créancier dans sa possession (LL. 9, *pr.*; 16, § 1; 32, et 36, § 1, ff. *de pign. act.*).

§ 92. Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut : DARI SPONDES? SPONDEO. — DABIS? DABO. — PROMITTIS? PROMITTO. — FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO. — FIDEJUBES? FIDEJUBEO. — FACIES? FACIAM.

§ 92. L'obligation verbale consiste dans une interrogation et une réponse, comme il suit : VOUS ENGAGEZ-VOUS A DONNER? JE M'Y ENGAGE. — DONNEREZ-VOUS? JE DONNERAI. — PROMETTEZ-VOUS? JE PROMETS. — PROMETTEZ-VOUS SUR VOTRE FOI? JE PROMETS SUR MA FOI. — VOUS RENDEZ-VOUS FIDÉJUSSEUR? JE ME RENDS FIDÉJUSSEUR. — FEREZ-VOUS? JE FERAI.

La stipulation était une manière de s'obliger au moyen de paroles solennelles qui étaient prononcées par les parties, et qui consistaient dans une interrogation et une réponse conforme, telles que les indique notre texte. Elle ne pouvait se former qu'entre personnes présentes. Il faut se garder de croire qu'elle constituât une obligation d'une espèce particulière, car elle n'était qu'une forme de s'obliger, pouvant s'appliquer à tout engagement licite que les parties voulaient faire (*Instit., quib. modis tollit. obligatio*, § 2; — texte, *infrà*, §§ 136 et suiv. et 170; — LL. 3, § 1, et 25, § 1, ff. *de contrah. empt.*; et L. 4, *eod.*, *de usur. et fruct.*; — *Inst.*, *de inutil. stipul.*, § 12).

Dans l'ancien droit, on reconnaissait d'autres obligations verbales qui se formaient *verbis* et sans stipulation. De ce nombre étaient la *promissio jurata liberti* et la *dotis dictio*. — « Ainsi s'explique, dit très-bien M. Demangeat, t. II, p. 175, l'emploi des expressions *verborum obligatio* dont se servent et notre texte et Justinien, au lieu de celles « *stipulationis obligatio*. »

La *promissio jurata liberti* était une manière de s'obliger exclusivement réservée aux affranchis (Gaïus, *Epitome*, liv. II, tit. IX, § 4). — L'obligation résultait du serment que prêtait l'affranchi à son patron, sans interrogation de la part de ce

dernier, de lui fournir soit un don, soit certains offices, soit ses services *(eod.)*. Notre texte s'est occupé incidemment de cette espèce d'obligation au § 83, où il est dit que l'obligation *operarum* s'éteignait par la *capitis deminutio*. Au temps de Justinien, la *promissio jurata liberti* était probablement reconnue encore, quoique les *Institutes* ne parlent que des obligations *operarum* (*de acquis. per adr.*, § 1), sans ajouter qu'elles se formaient par serment. Cela résulte, dit M. Demangeat, t. II, p. 177, de ce que les fragments du Digeste traitent de cette *promissio jurata liberti*.

La *dictio dotis* avait lieu également sans interrogation du mari envers lequel on s'engageait à fournir une dot (*Epit.*, § 3). Cet engagement pouvait être pris non-seulement par la femme, mais encore par le débiteur de la femme et par son ascendant paternel *(eod.)*. — Une telle manière de s'obliger devint inutile dès qu'il fut possible à toute personne de s'engager, par *pacte*, à fournir une dot (L. 6, C., *de dot. promis. et nudâ pollic.*).

§ 93. Sed hæc quidem verborum obligatio : DARI SPONDES ? SPONDEO, propria civium Romanorum est : cæteræ vero juris gentium sunt : itaque inter omnes homines, sive cives Romanos, sive peregrinos, valent ; et quamvis ad græcam vocem expressæ fuerint, velut hoc modo : Δώσεις ; Δώσω · — Ὁμολογεῖς ; Ὁμολόγω · — Πιστειχελεύεις ; Πιστειχελεύω · — Ποιήσεις ; Ποιήσω, etiam hæc tamen inter cives Romanos valent, si modo græci sermonis intellectum habeant : et e contrario, quamvis latine enuntiantur, tamen etiam inter peregrinos valent, si modo latini sermonis intellectum habeant ; at illa verborum obligatio : DARI SPONDES ? SPONDEO, adeo propria civium

§ 93. Mais cette manière de stipuler : VOUS ENGAGEZ-VOUS A DONNER ? JE M'Y ENGAGE, est exclusivement propre aux citoyens romains. Les autres sont du droit des gens : aussi sont-elles valables pour tous les hommes, qu'ils soient citoyens romains ou étrangers ; et quoiqu'elles aient été prononcées en grec, comme ainsi, par exemple : Δώσεις ; Δώσω · — Ὁμολογεῖς ; Ὁμολόγω · — Πιστειχελεύεις ; Πιστειχελεύω · — Ποιήσεις ; Ποιήσω, elles sont valables même entre citoyens romains, pourvu qu'ils aient l'intelligence de la langue grecque ; à l'inverse, quoique énoncées en latin, ces stipulations sont valables, même entre étrangers, pourvu qu'ils entendent le latin. Mais cette formule de

Romanorum est, ut ne quidem in græcum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a græca voce figurata esse.

stipulation : VOUS ENGAGEZ-VOUS A DONNER? JE M'Y ENGAGE, est tellement propre aux citoyens romains, que, dans une formule grecque, on ne peut pas même l'employer en grec, bien qu'on dise qu'elle est née d'un mot grec.

§ 94. Unde dicitur uno casu hoc verbo peregrinum quoque obligari posse, velut si imperator noster principem alicujus peregrini populi de pace ita interroget : PACEM FUTURAM SPONDES? vel ipse eodem modo interrogetur; quod nimium subtiliter dictum est, quia si quid adversus pactionem fiat, non ex stipulatu agitur, sed jure belli res vindicatur.

§ 94. On dit aussi qu'un étranger ne s'oblige par cette formule que dans un cas, celui où notre empereur interroge, touchant la paix, le chef d'un peuple étranger : VOUS ENGAGEZ-VOUS A RESTER EN PAIX? ou quand il est lui-même interrogé. Ceci me paraît subtil, parce que, dans le cas où le pacte n'est pas observé, on n'exerce pas l'action *ex stipulatu*, mais la chose se décide par le droit de la guerre.

La stipulation était, dans le principe, spécialement réservée aux citoyens romains; mais elle ne tarda pas à être admise au profit des étrangers.

Il est à remarquer que le contrat *verbis* ne produisait qu'un engagement unilatéral; d'où la conséquence que, lorsque les parties voulaient prendre entre elles des engagements réciproques, il était nécessaire qu'elles fissent autant d'interrogations et de réponses conformes qu'il y avait d'obligations à contracter.

Dans le milieu du ve siècle de l'ère chrétienne, l'empereur Léon supprima la nécessité des paroles solennelles, exigeant seulement qu'il y eût de la part de chaque partie le sens et l'intelligence de leur accord, en quelques termes qu'elles s'exprimassent (*Instit.*, *de verb. oblig.*, § 1).

§ 95. Illud dubitari potest, si quis. . . . .

§ 95. . . . .

§ 96. . . . . Obligantur utique *quum* quæritur de jure

§ 96. . . . . Ils sont obligés chaque fois qu'on décide d'a-

Romanorum; nam apud peregrinos quid juris sit, singularum civitatum jura requirentes, aliud *statuunt* lege.....

près le droit romain; car, si, recherchant le droit de chaque cité, nous demandons ce qui sera décidé, nous trouverons que les lois de ce pays décident autrement.

On divisait les *stipulations* (en désignant le contrat tout entier sous le nom d'une de ses parties seulement) en *judiciaires*, *prétoriennes* et *conventionnelles (Instit.*, *de divis. stipulat.*, *præm.)*.

Étaient appelées *judiciaires* celles qui rentraient exclusivement dans l'office du juge, comme lorsqu'il ordonnait, en condamnant une partie à une restitution, qu'en la faisant elle garantirait *verbis* son adversaire de tout dol (*eod.*, § 1).

Étaient dites *prétoriennes* les stipulations rentrant exclusivement dans l'office du *préteur* ou des *édiles*, comme lorsque le préteur ordonnait la caution *damni infecti* à celui dont le bâtiment menaçant ruine était un danger pour l'héritage voisin. Cette caution consistait dans la promesse *verbis* faite, en réponse à l'interrogation de ce voisin, sur l'ordre du préteur, d'indemniser le demandeur, dans le cas où le danger prévu viendrait à se réaliser (*eod.*, § 2).

Ce n'était qu'à défaut d'un autre moyen légal de se préserver du *damnum infectum*, et qu'autant qu'il n'était point en faute, que le plaignant obtenait la caution *damni infecti*. En outre, on exigeait de lui qu'il jurât de ne point agir par esprit de chicane. Le préteur fixait un délai après lequel la garantie ne produisait plus d'effet, sauf au demandeur à en exiger le renouvellement, s'il y avait lieu (LL. 13, §§ 3, 7, 12 à 15; 30 et 31, § 1; 39, *pr.;* 40, § 1; 43, §§ 1 et 2, ff. *damno infecto;* — LL. 4, 14 et 15, *eod.*).

Si le défendeur ne voulait pas s'engager par la caution *damni infecti*, le magistrat prononçait au profit du demandeur une *missio in possessionem*, ou simple détention qui, après un délai fixé, était, si le refus de caution se prolongeait, convertie en possession civile, capable de conduire à l'usucapion de l'édifice menaçant ruine (L. 4, § 1; — L. 15, §§ 16, 21, 22, 26, 27 et 33, *eod.*). — V. *suprà*, § 78.

Les édiles intervenaient aussi pour ordonner certaines

stipulations, notamment pour faire que le vendeur d'un esclave ou d'un animal garantît *verbis* certains vices de cet esclave ou de cet animal (L. 1, § 1, ff. *de ædilit. edicto*). Certaines stipulations étaient *communes*, en ce sens qu'elles rentraient dans les attributions du juge, ainsi que dans celles du préteur. Telles étaient les stipulations *rem salvam fore pupilli* et *de rato* (*eod.*, § 4). Si le tuteur agissait *in judicio* contre un débiteur avant d'avoir fourni la caution *rem pupilli salvam fore*, le défendeur pouvait demander au juge d'ordonner cette garantie. Il faut en dire autant de la caution *de rato*, qu'on pouvait exiger du procureur agissant au nom d'autrui (*Instit., de satisdation.*).

Les stipulations *conventionnelles* étaient celles que les parties contractaient librement. Il y en avait autant d'espèces que d'obligations à contracter.

De même que les legs, les stipulations étaient susceptibles de diverses modalités : ainsi elles pouvaient être *pures et simples*, *à terme* ou *sous condition*.

Dans la stipulation pure et simple, l'exigibilité du droit (*dies venit*) se confond avec sa naissance (*dies cedit*) (*Instit., de verbor. oblig.*, § 2).

Dans la stipulation à terme, l'exigibilité n'a lieu qu'à l'échéance du terme, mais le droit naît dès le principe; d'où il suivait qu'on ne pouvait répéter comme payement indû ce qu'on avait livré avant l'échéance (L. 10, ff. *de condict. indeb.*). — Lorsque les parties avaient fixé un terme pour la cessation de l'obligation, par exemple avaient convenu d'un payement annuel pendant dix ans, l'expiration des dix ans ne mettait pas fin à l'obligation *civile*, mais le préteur venait au secours du débiteur par l'exception de pacte (*Instit.*, *eod.*, § 3).

A la différence de ce qui arrivait en matière de legs, dans la stipulation conditionnelle, l'espérance du droit était transmissible aux héritiers du stipulant, bien qu'il fût mort avant l'arrivée de la condition (*eod.*, § 4). Toutefois, ils ne bénéficiaient de cette éventualité que comme aurait pu le faire leur auteur, c'est-à-dire qu'autant que la condition se réalisait, le *dies cedit* n'arrivant qu'à ce moment. Remarquons, en outre, que le bénéfice de la stipulation était acquis à celui qui aurait pu en profiter dès le principe, si l'obligation eût été pure et

simple : ainsi au père de famille qui avait la puissance en ce moment, ou au maître, dans le même cas. Il y avait là une rétroactivité qui tenait à ce qu'on était considéré comme ayant traité pour soi et pour ses héritiers (L. 144, § 1, ff. *de diversis reg. juris;* — L. 11, § 1, *eod.*, *qui potior. in pignor.*, et L. 16, *eod.*, *de solut. et liber.*).

§ 97. Si id quod dari stipulamur, tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio : velut si quis hominem liberum, quem servum esse credebat ; aut mortuum, quem vivum esse credebat ; aut locum sacrum vel religiosum, quem putabat *esse* humani juris, *sibi dari* stipuletur, æque inutilis est stipulatio.

§ 97. Si l'objet d'une stipulation est tel qu'on ne peut le donner, la stipulation est inutile : par exemple, si quelqu'un stipule qu'on lui donnera un homme libre qu'il croyait esclave, ou un esclave mort qu'il croyait vivant, ou un lieu sacré ou religieux qu'il croyait de droit humain, la stipulation est justement déclarée inutile.

Quand une stipulation était telle que dès sa formation elle ne pouvait produire d'effet, elle était dite *inutile* ou nulle.

L'inutilité d'une obligation pouvait provenir : 1° de ce qu'elle manquait de l'une des conditions essentielles à tous les contrats (objet, cause et capacité des contractants) ; — 2° de ce qu'elle ne réunissait pas toutes les conditions essentielles à son caractère particulier (prononcé des paroles requises ou défaut de concert entre les parties dans la demande et dans la réponse) ; — 3° de ce qu'elle était subordonnée à des modalités qui la rendaient impossible (comme de toucher le ciel du doigt) ; — 4° de ce qu'elle n'était pas susceptible d'exécution (pour avoir été faite pour autrui, à moins qu'on ne fût sous sa puissance ; pour avoir été consentie par un esclave ou par un fils de famille, au profit de son maître ou de son père, ou *après la mort* ou pour *la veille de la mort* de l'une des parties ; ou, enfin, pour promettre à quelqu'un de le rendre propriétaire d'une chose qui était déjà sienne).

L'*objet* de l'obligation est la chose qu'on promet de donner, de livrer ou de faire. Quand cette chose n'existait pas et ne pouvait exister, ou n'était pas susceptible de devenir une propriété privée, la stipulation était nulle (*hic*). Si la

chose promise, quoique n'existant pas, était susceptible d'exister, comme des fruits à venir sur un champ désigné, la stipulation n'était pas nulle; mais elle ne pouvait être ramenée à exécution que lorsque les fruits avaient été produits (L. 75, *prœm.*, ff. *de verb. oblig.*).

L'objet de la stipulation était tantôt un *certum*, tantôt une chose incertaine. Quand la chose stipulée était déterminée, comme l'esclave Stichus, les cent mesures de blé de votre grenier, ou dix sous d'or, il y avait stipulation *certa*. Quand, au contraire, on stipulait un esclave ou du vin en général, il y avait stipulation *incerta*. Toute stipulation d'une chose future, comme celle des fruits à venir de tel champ, dont nous venons de parler, était *incerta* (L. 74, ff. *de verb. oblig.*). — Quand l'indétermination était telle que l'objet de la stipulation ne pût être précisé et ramené à une chose spécialisée, comme était celle d'un fonds de terre, de fruits à venir en général, la stipulation était nulle.

Au surplus, notons en passant, après M. Demangeat, t. II, p. 181, que, lors même que la stipulation incertaine était valable, il était utile de la distinguer de la stipulation certaine, car cette dernière donnait lieu à la *condictīo certi*, susceptible d'entraîner plus-pétition, tandis que l'autre produisait la *condictīo incerti* ou l'action *ex stipulatu*, qui échappait à la plus-pétition (C. 4, § 53).

Lorsque l'objet de la stipulation était *illicite*, comme serait de promettre d'assassiner ou d'accomplir un sacrilége, la stipulation était également nulle (*Instit.*, *de inutil. stipulat.*, § 24).

La *cause* d'une obligation est le motif qui détermine l'engagement. Ainsi, lorsqu'on promettait de donner gratuitement, la cause de l'obligation était une libéralité; lorsqu'on s'engageait pour que le stipulant s'abstînt de faire telle chose, la cause de la promesse était le fait que le stipulant ne devait pas commettre. Or, une stipulation ne pouvait pas plus reposer verbalement sur une cause illicite que sur un objet illicite. En conséquence, était nulle la stipulation par laquelle on faisait promettre à quelqu'un une somme à la condition qu'on ne commettrait pas un assassinat (L. 7, § 3, ff. *de pactis*).

Les §§ 104 à 109 de notre texte exposent complétement ce qui est relatif à la capacité requise pour s'obliger *verbis*.

§ 98. Item si quis sub ea conditione stipuletur, quæ existere non potest, uti si digito cœlum tetigerit, inutilis est stipulatio; sed legatum sub impossibili conditione relictum nostri præceptores proinde *valere* putant, ac si *ea conditio adjecta non esset :* diversæ scholæ auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem; et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest.

§ 98. De même, si quelqu'un stipule sous une condition impossible, comme celle de toucher le ciel avec le doigt, la stipulation est inutile; mais nos maîtres pensent que le legs fait sous une condition impossible doit valoir, comme si la condition n'était pas ajoutée. Les proculéiens regardent le legs comme aussi inutile que la stipulation ; on pourrait à peine donner une raison plausible de la différence qu'on veut établir entre le legs et la stipulation.

Stipuler sous la condition de faire une chose impossible, comme de toucher le ciel du doigt, c'est vouloir plaisanter, et non contracter. Aussi une telle stipulation est-elle nulle. — Mais le contrat serait valable si on avait stipulé sous la condition de ne pas faire une chose impossible, et la stipulation serait considérée comme étant pure et simple (*Instit.*, *de inut. stipul.*, § 11).

§ 99. Præterea inutilis *est stipulatio si quis se obligaverit ad* rem *dandam quæ stipulatoris est ; nam* id quod alicujus est, id ei dari non potest.

§ 99. Une stipulation est encore inutile quand on s'oblige à donner la chose du stipulant; car on ne peut donner à quelqu'un ce qui lui appartient.

On ne pouvait stipuler ce dont on était déjà propriétaire, car le promettant ne pouvait faire vôtre ce qui vous appartenait.

§ 100. Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur : POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? vel ita : POST MORTEM TUAM ? *Non*

§ 100. Enfin, la stipulation est inutile lorsqu'on stipule ainsi : VOUS ENGAGEZ-VOUS A DONNER APRÈS MA MORT? ou ainsi : APRÈS VOTRE MORT? La

inutilis est quæ stipulatio : QUUM MORIAR, DARI SPONDES? vel : QUUM MORIERIS, DARI SPONDES ? id est, ut in novissimum vitæ tempus stipulatoris, aut promissoris, obligatio conferatur ; nam inelegans esse visum est, ex hæredis persona incipere obligationem; rursus ita stipulari non possumus : PRIDIE QUAM MORIERIS, DARI SPONDES? quia non potest aliter intelligi pridie quam aliquis morietur, quam si mors secuta sit : rursus morte secuta, in præteritum reducitur stipulatio, et quodammodo talis est : HÆREDI MEO DARE SPONDES ? quæ sane inutilis est.

stipulation est valable quand elle est ainsi : VOUS PROMETTEZ DE DONNER AU MOMENT DE MA MORT ? ou : PROMETTEZ-VOUS DE DONNER LORSQUE VOUS MOURREZ ? c'est-à-dire que l'obligation ne peut se reporter qu'au dernier moment de la vie du stipulant ou du promettant; car il n'a pas paru convenable de faire commencer l'obligation dans la personne de l'héritier. Nous ne pouvons pas non plus stipuler ainsi : VOUS ENGAGEZ-VOUS A DONNER, A LA VEILLE DE MA MORT, OU LA VEILLE DE VOTRE MORT ? parce qu'on ne peut connaître la veille de la mort qu'après la mort même. De plus, quand la mort a eu lieu, la stipulation rétroagit dans le passé, et est en quelque sorte comme celle-ci : VOUS ENGAGEZ-VOUS A DONNER A MES HÉRITIERS ? stipulation qui est certainement inutile.

On ne stipulait pas valablement pour *après sa mort* ou pour *la veille de sa mort*, parce qu'il n'avait pas paru convenable, dit Gaïus, de faire commencer l'obligation dans la personne de l'héritier, et parce que la veille de la mort n'est connue qu'après la mort. Mais Justinien supprima cette rigueur (*Inst., loc. cit.*, § 13). On put toujours, au surplus, stipuler pour le moment de la mort.

§ 101. Quæcumque de morte diximus, eadem et de capitis deminutione dicta intelligimus.

§ 101. Tout ce que nous avons dit des stipulations qui se reportent après la mort s'applique à celles qu'on reporte après la diminution de tête.

Il y avait même raison de décider dans le cas de ce paragraphe que dans celui qui est prévu par le paragraphe précédent.

§ 102. Adhuc inutilis est stipulatio, si quis ad id quod interrogatus erit, non responderit : velut si sestertia X a te dari stipuler, et tu sestertia V mihi promittas ; aut si ego pure stipuler, tu sub conditione promittas.

§ 102. Une stipulation est encore inutile quand la réponse n'est pas conforme à la demande, comme si je stipule que vous me donnerez dix et que vous me promettiez cinq, ou si je stipule purement et que vous me promettiez sous condition.

Quand la réponse n'était pas conforme à la demande, il en résultait nullité de la stipulation. Cela arrivait, par exemple, lorsqu'à une stipulation de dix on répondait qu'on promettait cinq, ou lorsqu'à une stipulation pure et simple on répondait par une promesse sous condition, ou réciproquement (texte, *hìc*, et *Instit., de inutil. stipulat.*, § 5). — Pour être conséquents, les rédacteurs des *Institutes* auraient dû condamner la solution par eux empruntée à Paul et à Ulpien (L. 1, § 4, et L. 83, § 3, ff. *de verb. oblig.*), et d'après laquelle celui qui, sur la stipulation de son bœuf et de son cheval, répondait : Je promets mon bœuf, était tenu pour ce dernier objet. Ils ont, au contraire, suivi cette décision (*Instit.*, *de inut. stipulat.*, § 18).

§ 103. Præterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cujus juri subjecti non sumus ; unde illud quæsitum est, si quis sibi et ei cujus juri subjectus non est, dari stipuletur, in quantum valeat stipulatio ; nostri præceptores putant, in universum valere, et proinde ei soli qui stipulatus sit, solidum deberi, atque si extranei nomen non adjecisset ; sed diversæ scholæ auctores * *non ita esse* existimant, pro ali*qua parte qui stipulaverit habere* actionem; *ea* causa. . . . .

§ 103. En outre, est inutile la stipulation par laquelle nous stipulons qu'on donnera à quelqu'un au droit duquel nous ne sommes pas soumis ; ce qui a fait naître la question de savoir pour quelle quantité est valable la stipulation par laquelle on s'est fait promettre pour soi et quelqu'un au droit duquel on n'est pas soumis. Nos maîtres pensent qu'elle vaut pour le tout, et est due en totalité au stipulant seul, comme s'il n'eût pas ajouté une autre personne ; mais les proculéiens pensent qu'il n'en est pas ainsi, et croient que le

stipulant n'a action que pour une certaine portion. La cause. . . . *(Illisible.)*

Stipuler ou promettre *pour autrui*, c'est faire un acte inutile, par la raison qu'en traitant ainsi on a indiqué, d'une part, qu'on ne voulait ni stipuler ni promettre pour soi, et parce que, d'autre part, on n'a pu acquérir le bénéfice d'une stipulation à quelqu'un qui n'y figure pas, ni le lier sans son consentement.

On pouvait, toutefois, stipuler ou promettre pour soi et pour ses héritiers à venir, ceux-ci étant considérés comme continuateurs de la personne du défunt (L. 38, *passim*, et 49, § 2, ff. *de verborum oblig.*). Mais on ne pouvait faire commencer l'obligation dans la personne de son héritier (texte, § 100). On pouvait stipuler au profit du père ou du maître sous la puissance duquel on se trouvait, et, réciproquement, le père pouvait stipuler pour son fils, et le maître pour son esclave, la personne du fils se confondant avec celle de son père, et l'esclave n'ayant pas de personnalité juridique distincte de celle de son maître (L. 39, ff., *eod.*, et L. 28, § 2, ff. *de stipul. servor.*).

Mais le fils de famille ne pouvait *promettre* pour son père, et l'esclave ne le pouvait pas davantage pour son maître. Le père pouvait, au contraire, promettre pour son fils, et le maître pour son esclave (*Instit.*, *loc. cit.*, § 3). — *V.*, *infrà*, ce que nous disons des actions *institoire* et *exercitoire*.

Si l'on ne peut stipuler pour autrui, c'est non-seulement parce qu'une telle manière de contracter indique qu'on n'a pas voulu acquérir pour soi, mais encore parce qu'on n'a aucun intérêt à l'obligation. Il suit de là que, lorsqu'un intérêt existe au profit du stipulant pour autrui, l'acte qu'il fait est valable (L. 38, § 20, ff. *de verb. oblig.*). — En conséquence, Titius stipulait utilement d'un tiers qu'il prêterait une somme à son mandataire à lui Titius, pour l'exécution du mandat. De même, on stipulait valablement pour soi et pour Séius (texte, § 103). — Le bénéfice de cette dernière stipulation était acquis seulement pour moitié au stipulant, d'après les proculéiens, dont l'opinion finit par prévaloir (*Instit.*, *eod.*, § 4). Si l'on avait stipulé «pour soi *ou* pour Séius,» ce dernier

était considéré comme un mandataire, entre les mains duquel le payement pouvait être fait, et qu'à cause de cela on appelait *adjectus solutionis gratiâ*. Cet *adjectus* n'était point créancier et n'avait, en conséquence, aucune action contre le promettant, qui se libérait valablement soit en payant au stipulant, soit à son mandataire, à moins que le premier n'eût apporté quelque restriction à cette faculté (*Instit.*, *de inut. stipulat.*, § 4; — L. 118, § 2, ff. *de verb. oblig.*).— Il faut se garder de confondre l'*adjectus solutionis gratiâ* avec l'adstipulateur, qui était un véritable créancier (*infrà*, §§ 110 et suiv.).

Enfin, la stipulation était encore utile lorsqu'on ajoutait une clause pénale à son profit pour le cas d'inexécution de la promesse faite pour autrui, car cette clause faisait du stipulant un créancier conditionnel pour lui-même (L. 38, § 17, ff. *de verb. oblig.*).

On pouvait valablement promettre pour autrui toutes les fois qu'on s'engageait personnellement à l'accomplissement du fait d'autrui : quand, par exemple, on promettait que Séius donnerait ou ferait; quand on s'engageait à exécuter l'obligation de Séius, ou qu'on s'obligeait à des dommages-intérêts, pour le cas où Séius ne s'acquitterait pas (LL. 38, § 2; — 81 et 97, § 1, ff. *de verb. obligat.*). — *V.*, au surplus, ce que nous disons, *infrà*, au sujet du mandat, et au commentaire 4, en parlant des actions *quod jussu*, *exercitoire* et *institoire*.

§ 104. *Item inutilis est* stipulatio si ab eo *stipuler*, *qui juri meo sub*jectus est, *aut si* is a me *stipuletur*, *qui sub potestate*, *vel quœ in manu mea sit*. . . . . in mancipio. . . . . *sed servi* non solum ipsi domino *vel iis qui in ejus potestate sunt*, obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli.

§ 104. Une stipulation est encore inutile si je stipule de celui qui est soumis à mon droit, ou si celui qui est sous ma puissance ou sous mon *mancipium*, ou la femme que j'ai *in manu*, se font promettre par moi; mais les esclaves ne sont pas empêchés seulement de s'obliger envers leur maître, mais encore envers toute autre personne.

L'esclave ne pouvait s'engager envers personne, ni envers les tiers ni envers son maître (*Instit.*, *loc. cit.*, § 6). Le fils

de famille ne le pouvait pas, en faveur de son père, avant d'avoir un pécule; mais il le pouvait envers autrui (L. 38, ff. *de condict. indeb.*).

§ 105. Mutum neque stipulari, neque promittere posse, palam *est : quod et* in surdo receptum est : quia et is *qui stipulatur*, verba promittentis, et qui promittit, *verba stipulantis* exaudire debet.

§ 105. Il est évident qu'un muet ne peut ni stipuler ni promettre; il en est de même d'un sourd, parce que celui qui stipule doit entendre la réponse du promettant, et celui qui promet, la demande du stipulant.

Le muet et le sourd étant dans l'impossibilité de dire ou d'entendre les paroles qu'exigeait la stipulation, on comprend que ni l'un ni l'autre ne pouvaient figurer dans ce contrat.

§ 106. Furiosus nullum negotium *gerere potest*, quia non intelligit quid agat.

§ 106. Le fou ne peut gérer aucune de ses affaires, puisqu'il ne comprend pas ce qu'il fait.

Si un fou avait traité dans un intervalle lucide, l'acte qu'il avait fait était maintenu (*Justin.*, *Instit.*, *quib. non est permis. facere test.*, § 1).

Le prodigue interdit pouvait sipuler, mais non s'obliger *verbis* (L. 6, ff. *de verb. oblig.*).

§ 107. Pupillus omne negotium recte gerit, ita tamen ut, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur, velut si ipse obligetur : nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.

§ 107. Le pupille peut gérer valablement toutes ses affaires, pourvu cependant que l'autorisation de son tuteur intervienne, quand elle est nécessaire, comme lorsque le pupille s'oblige lui-même, car il peut obliger quelqu'un envers lui sans y être autorisé par son tuteur.

§ 108. Idem juris est in feminis, quæ in tutela sunt.

§ 108. Il en est ainsi pour les femmes qui sont en tutelle.

§ 109. Sed quod diximus de pupillis, utique de eo verum est, qui jam aliquem intellectum habet; nam infans et

§ 109. Mais ce que nous avons dit des pupilles est relatif à ceux qui ont une certaine intelligence; car l'*infans*

qui infanti proximus est, non multum a *furioso* differt, quia hujus ætatis pupilli nullum intellectum habent; sed in his pupillis per utilitatem benigmior juris interpretatio facta est.

et celui qui est proche de l'enfance ne diffèrent guère du fou, puisque les pupilles de cet âge n'ont aucune intelligence ; mais une interprétation bienveillante a été donnée, par utilité, à la loi en faveur des pupilles proches de leur puberté.

A l'égard des pupilles, on admettait que, lorsqu'ils pouvaient prononcer les paroles exigées, ils étaient capables de stipuler valablement, même sans l'autorisation de leurs tuteurs, car ils étaient toujours admis à faire leur condition meilleure, et qu'ils pouvaient promettre *verbis* avec cette autorisation. Au surplus, on ne considérait comme pouvant prononcer l'interrogation ou la réponse que le mineur ayant sept ans accomplis (L. 14, ff. *de sponsal.*; — L. 18, C., *de jure delib.*, et notre texte). — C'était par suite d'une interprétation bienveillante qu'on admettait le pupille *proximus infantiæ* à figurer dans le contrat verbal ; car, dans les anciens principes, on ne reconnaissait comme capable d'un tel contrat que le pupille ayant *aliquid intellectum*, c'est-à-dire que celui qui était *proximus pubertatis* (*V.*, sur ceci, M. Demangeat, t. II, p. 226 et suiv.).

§ 110. Possumus tamen ad id quod stipulamur, alium adhibere, qui idem stipulatur : quem vulgo adstipulatorem vocamus.

§ 110. Nous pouvons cependant, dans une stipulation, nous adjoindre un tiers qui stipule la même chose que nous. On appelle vulgairement ce tiers adstipulateur.

Le rôle de l'adstipulateur facilitait l'exécution de l'obligation. Il paraît avoir été inventé pour rendre possible la stipulation *post mortem* ou *pridiè mortis* (M. Étienne, *Instit. trad. et expliq.*, t. II, p. 124). — Mais il est certain qu'il pouvait aussi être utile pour les cas d'absence, de voyage ou d'inaptitude aux affaires de la part du stipulant (M. Ortolan, t. III, p. 226).

§ 111. Sed huic proinde actio competit, proindeque ei

§ 111. L'action compète à ce dernier, et le débiteur paye

recte solvitur ac nobis; sed quidquid consecutus erit, mandati judicio nobis restituere cogetur.

à lui aussi valablement qu'à nous-mêmes; mais l'adstipulateur est forcé, par l'action *mandati*, à nous rendre tout ce qu'il a reçu.

A la différence de l'*adjectus solutionis gratiâ*, dont il a été parlé sous le § 103, l'adstipulateur était créancier, tout comme le stipulant principal, sauf l'obligation où il était de rendre lui-même compte à ce dernier.

§ 112. Cæterum potest etiam aliis verbis uti adstipulator, quam quibus nos usi sumus; itaque si verbi gratia ego ita stipulatus sim : DARI SPONDES? ille sic adstipulari potest : IDEM FIDE TUA PROMITTIS? vel : IDEM FIDEJUBES? vel contra.

§ 112. Du reste, l'adstipulateur peut employer d'autres paroles que celles dont s'est servi le stipulant; si, par exemple, j'ai stipulé ainsi : VOUS ENGAGEZ-VOUS A DONNER? l'adstipulateur peut dire : PROMETS-TU SUR TA FOI LA MÊME CHOSE? ou : TE RENDS-TU FIDÉJUSSEUR POUR LA MÊME CHOSE? ou à l'inverse.

Au surplus, l'adstipulateur n'était pas tenu d'employer les mêmes paroles que le stipulant principal.

§ 113. Idem minus adstipulari potest, plus non potest; itaque si ego sestertia X stipulatus sim, ille sestertia V stipulari potest, contra vero plus non potest; item si ego pure stipulatus sim, ille sub conditione stipulari potest; contra vero non potest; non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intelligitur; plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus.

§ 113. L'adstipulateur peut stipuler moins que le stipulant, mais non davantage; si donc j'ai stipulé dix sesterces, l'adstipulateur peut en stipuler cinq; il n'en peut stipuler plus de dix; si j'ai stipulé purement et simplement, il peut stipuler conditionnellement; mais si j'ai stipulé sous condition, il ne peut stipuler simplement, car le plus ou le moins se trouve non-seulement dans la quantité, mais encore dans le temps; c'est donner plus, en effet, que de donner sur-le-champ; c'est donner moins que de donner après un certain temps.

Il pouvait stipuler moins, et sous condition, quand le stipulant principal avait stipulé purement et simplement; mais jamais il ne pouvait se faire promettre plus que le stipulant, soit par le chiffre même de la réponse, soit par le temps.

§ 114. In hoc autem jure quædam singulari jure observantur; nam adstipulatoris hæres non habet actionem; item servus adstipulando nihil agit, *quamvis* ex cæteris omnibus causis stipulatione domino acquirat; idem de eo qui in mancipio est, magis prævaluit, nam et is servi loco est; is autem qui in potestate patris est, agit aliquid; sed parenti non acquirit, quamvis ex omnibus cæteris causis stipulando ei acquirat; ac ne ipsi quidem aliter actio competit, quam si sine capitis deminutione exierit de potestate parentis, veluti morte ejus, aut quod ipse flamen dialis inauguratus est; eadem de filia-familias et quæ in dicta manu est, intelligimus.

§ 114. Relativement aux adstipulateurs, on observe certaines particularités, car l'héritier de l'adstipulateur n'a pas d'action; de même, l'esclave ne peut être adstipulateur, bien qu'en toute autre circonstance il acquière à son maître par stipulation; il en faut dire autant de celui qui est sous le *mancipium*, car il est regardé comme esclave; mais celui qui est sous la puissance de son père fait un acte valable; cependant il n'acquiert pas à son père, quoique, dans tout autre cas, en stipulant il acquière pour son père; et les actions ne lui compètent que s'il est sorti de la puissance de son père sans diminution de tête, comme par la mort de son père ou son élévation à la dignité de flamine; ceci est applicable à la fille de famille et à la femme *in manu*.

Le droit de l'adstipulateur était attaché à sa personne. Un esclave ne pouvait jouer ce rôle, par la raison sans doute qu'acquérant pour son maître, il ne pouvait lui assurer le bénéfice d'un engagement que le stipulant avait le droit d'exiger de l'adstipulateur qui avait reçu. Si le fils de famille intervenait valablement comme adstipulateur, c'est parce qu'il était capable de stipuler pour lui-même (§ 104). — Remarquons, du reste, que le fils de famille adstipulateur, la fille de famille et la fille *in manu*, qui se trouvaient dans le même cas, n'acquéraient pas pour leur père ou leur mari, mais pour eux-

mêmes, et qu'ils ne pouvaient exercer l'action de l'adstipulation qu'autant qu'ils étaient devenus *sui juris*, sans diminution de tête.

Au § 216, il est aussi question des adstipulateurs.

§ 115. Pro eo quoque qui promittit, solent alii obligari: quorum alios sponsores, alios fidepromissores, alios fidejussores appellamus.

§ 115. D'autres personnes peuvent aussi s'obliger avec le débiteur principal : on distingue les *sponsores*, les fidépromisseurs et les fidéjusseurs.

§ 116. Sponsor ita interrogatur : IDEM DARI SPONDES ? fidepromissor : IDEM FIDEPROMITTIS ? fidejussor ita : IDEM FIDE TUA ESSE JUBES ? Videbimus de his autem, quo nomine possint proprie appellari, qui ita interrogantur : IDEM DABIS ? IDEM PROMITTIS ? IDEM FACIES ?

§ 116. On interroge ainsi le *sponsor* : T'ENGAGES-TU A DONNER LA MÊME CHOSE ? le fidépromisseur ainsi : PROMETS-TU LA MÊME CHOSE SUR TA FOI ? et le fidéjusseur ainsi : CONSENS-TU A LA MÊME CHOSE SUR TA FOI ? Nous verrons quel nom on peut donner à ceux qu'on interroge comme il suit : DONNERAS-TU LA MÊME CHOSE ? PROMETS-TU LA MÊME CHOSE ? FERAS-TU LA MÊME CHOSE ?

Gaïus n'indique nulle part le nom qu'on donnait à ces promettants autres que les fidéjusseurs, *sponsores* ou *fidepromissores*. Peut-être que l'auteur s'en expliquait dans une des pages où les lacunes ont empêché de lire le texte.

§ 117. Sponsores quidem et fidepromissores et fidejussores sæpe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit; adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, quum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur, *quod* stipulando nihil agimus; adhibetur autem adstipulator, ut is post mortem nostram agat : qui si quid fuerit consecutus,

§ 117. Nous sommes dans l'usage d'exiger des fidépromisseurs et des fidéjusseurs, quand nous voulons avoir plus de sûreté; mais, de nos jours, nous ne nous servons d'un adstipulateur que si nous stipulons qu'on donnera quelque chose après notre mort, ce que nous ne pourrions faire dans une simple stipulation : l'adstipulateur intervient pour qu'il

de restituendo eo mandati judicio hæredi tenetur.

puisse exercer l'action *ex stipulatu* après notre mort; si cet adstipulateur a reçu quelque chose de notre promettant, il est tenu, par l'action *mandati*, de le restituer à notre héritier.

Quand le créancier voulait obtenir plus de garanties, il exigeait qu'à l'engagement du débiteur s'adjoignît accessoirement celui d'un ou de plusieurs autres débiteurs. — Ces débiteurs accessoires étaient désignés sous les noms de *sponsores*, de *fidepromissores* et de *fidejussores*. — Les *sponsores* étaient les copromettants accessoires de l'ancien droit civil, la *fidepromissio* n'ayant été inventée que pour permettre aux étrangers de cautionner une obligation verbale (Gaïus, *hic*, §§ 92 et 93). Quant à la fidéjussion, elle était d'une application générale.

§ 118. Sponsoris vero et fidepromissoris similis conditio, fidejussoris valde dissimilis.

§ 118. La condition de *sponsor* et celle de *fidepromissor* sont semblables; celle de fidéjusseur diffère beaucoup des deux premières.

§ 119. Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse qui quid promiserit, non fuerit obligatus, veluti si aut pupillus sine tutoris auctoritate, aut quilibet post mortem suam dari promiserit; at illud quæritur, si servus aut peregrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur. Fidejussor vero omnibus obligationibus, id est, sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contractæ fuerint obligationes, adjici potest; at ne illud quidem interest, utrum civilis

§ 119. Car les *sponsores* et les *fidepromissores* ne peuvent garantir que des obligations verbales, et cela quoique quelquefois le promettant lui-même ne soit pas obligé, comme lorsqu'un pupille a promis de donner sans y être autorisé par son tuteur, ou lorsque quelqu'un a promis de donner après sa mort; mais c'est une question de savoir si, un esclave ou un étranger ayant promis, un *sponsor* ou un *fidepromissor* peut s'obliger pour lui. Un fidéjusseur, au contraire, peut garantir toute sorte d'obligations, réelles, ver-

an naturalis obligatio sit, cui adjiciatur, adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui a servo fidejussorem accipiat, sive dominus in id quod sibi debeatur.

bales, littérales, ou consensuelles : peu importe que la première obligation soit civile ou naturelle, tellement qu'on garantit par fidéjussion la promesse d'un esclave, soit envers un étranger, soit envers le maître pour ce qui lui est dû.

§ 120. Præterea sponsoris et fidepromissoris hæres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quæramus, et alio jure civitas ejus utatur; fidejussoris autem etiam hæres tenetur.

§ 120. En outre, l'héritier d'un *sponsor* et celui d'un *fidepromissor* ne sont pas tenus pour ce *sponsor* ou *fidepromissor*, à moins qu'il ne s'agisse d'un *fidepromissor* étranger dans le pays duquel on se sert, en ce point, d'un droit autre que le nôtre; l'héritier d'un fidéjusseur, au contraire, est toujours tenu, comme le fidéjusseur.

Le texte expose complétement le rôle des *sponsores*, des *fidepromissores* et des *fidejussores*. Il caractérise parfaitement les analogies et les dissemblances qui étaient établies entre ces divers obligés accessoires. Remarquons seulement ici que, dans l'origine, les *sponsores* et les *fidepromissores* étaient tenus *in solidum*, tandis que depuis la loi Furia il en fut autrement (texte, §§ 121 et 122).

§ 121. Item sponsor et fidepromissor *per* legem Furiam biennio liberantur, et quotquot erunt numero eo tempore quo pecunia peti potest, in tot partes deducitur inter eos obligatio, et singuli *in* viriles partes *convenientur*. Fidejussores vero perpetuo tenentur; et quotquot erunt numero, singuli in solidum obligantur; *itaque liberum est creditori, a quo velit solidum petere; sed ex epistola*

§ 121. Les *sponsores* et les *fidepromissores* sont libérés après deux ans par la loi Furia (an de Rome 659), et leur obligation se divise entre tous ceux qui existent au moment où la dette est exigible; chacun d'eux est tenu pour part virile. Les fidéjusseurs, au contraire, sont tenus pour toujours, et tous sont obligés, chacun pour le tout; aussi le créancier est libre de demander le tout à celui

divi Hadriani compellitur creditor, a singulis, qui modo solvendo *sunt*, *partes petere*. Eo igitur distat hæc epistola a lege Furia, quo si quis ex sponsoribus aut fidepromissoribus solvendo non sit *litis contestatæ tempore*, *cæterorum* quoque *partes non oneret*. *Quum vero lex Furia tantum in* Italia locum habeat, *consequens est*, *ut in provinciis* sponsores quoque et fidepromissores proinde ac fidejussores in perpetuo teneantur, et singuli in solidum obligentur, nisi ex epistola divi Hadriani hi *quoque* ad*juvari videantur*.

qu'il veut poursuivre; mais un rescrit du divin Adrien l'oblige à restreindre sa demande à la portion d'un chacun calculée sur le nombre de fidéjusseurs solvables. Ce rescrit s'écarte de la loi Furia en ce que, si, parmi les *sponsores* et les *fidepromissores*, il y en a d'insolvables au moment de la *litis contestatio*, les parts des autres *sponsores* n'en sont pas augmentées. Mais comme la loi Furia ne s'applique pas hors de l'Italie, il s'ensuit que, dans les provinces, les *sponsores* et les *fidepromissores* sont tenus pour toujours, comme les fidéjusseurs, et chacun d'eux est obligé pour le tout, à moins qu'on ne considère ces *sponsores* comme devant profiter du rescrit d'Adrien.

Le créancier était tenu de diviser son action entre tous les *sponsores* ou *fidepromissores* qui étaient solvables au moment de l'exigibilité de sa créance; d'où la conséquence que si, postérieurement au moment de la *litis contestatio*, par exemple, quelqu'un d'eux est devenu insolvable, la contribution des autres ne pourra être augmentée. — A l'égard des *fidejusseurs*, au contraire, le créancier n'était pas tenu de diviser son action contre chacun; mais, au temps d'Adrien, un rescrit de ce prince permit aux fidéjusseurs d'exiger du créancier qu'il divisât son action entre ceux d'entre eux qui étaient solvables au moment de la *litis contestatio*. C'est là ce que les commentateurs ont appelé le *bénéfice de division*.

§ 122. Præterea inter sponsores et fidepromissores lex Apuleia quandam societatem introduxit; nam si quis horum plus sua portione sol-

§ 122. La loi Apuléia (an de Rome 652) a, de plus, établi comme une société entre les *sponsores* ou les *fidepromissores*, de telle sorte que si

verit, de eo quod amplius dederit adversus cæteros *actionem habet; lex autem Apuleia ante* legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur; unde quæritur an post legem Furiam adhuc legis Apuleiæ beneficium supersit; et utique extra Italiam superest; nam lex quidem Furia tantum in Italia valet, Apuleia vero etiam in cæteris *regionibus præter Italiam. Alia est fidejussorum conditio, nam ad hos lex* Apuleia non pertinet; itaque si creditor ab uno totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, scilicet si is pro quo fidejussit, solvendo non *sit; sed ut ex* supradictis apparebit, is a quo creditor totum petit, poterit ex epistola divi Hadriani desiderare, ut pro parte in se detur actio.

l'un d'eux a payé plus que sa portion, il a action contre les autres pour tout ce qu'il a payé de trop ; mais la loi Apuléia fut portée avant la loi Furia, à l'époque où les *sponsores* et les *fidepromissores* étaient obligés pour le tout ; ce qui a donné lieu à la question de savoir si, après la loi Furia, le bénéfice de la loi Apuléia doit subsister ; il doit rester hors de l'Italie ; car cette loi Furia n'est pas observée dans les provinces où la loi Apuléia est en vigueur. La condition des fidéjusseurs est autre, car la loi Apuléia ne s'applique pas à eux ; si donc un créancier a reçu la totalité de la dette d'un fidéjusseur, celui-ci seul supportera la perte, si le débiteur principal n'est pas solvable ; mais, comme nous l'avons dit plus haut, celui qui est poursuivi pour le tout par le créancier peut, en vertu du rescrit d'Adrien, demander à n'être poursuivi que pour partie.

Le fidéjusseur qui était disposé à désintéresser intégralement le créancier, le pouvait soit en payant la dette, auquel cas il ne conservait aucun recours contre ses cofidéjusseurs et n'avait contre le débiteur principal que l'action de mandat ou de gestion d'affaires, suivant les cas ; soit en achetant la créance et en forçant le créancier qu'il désintéressait à lui céder ses actions en le créant *procurator in rem suam*, ce qui emportait pour ce cessionnaire les actions du créancier avec toutes les sûretés qui y étaient attachées, tels que gages, hypothèques, etc. — On a donné à cette combinaison le nom de *cession d'actions* (LL. 17, 36 et 59, ff. *de fidejuss.*). — Au

moyen de cette cession, le fidéjusseur pouvait agir contre le débiteur principal et contre les autres fidéjusseurs, comme le créancier lui-même. La cession put être demandée même après la condamnation, suivant le droit de Justinien (L. 41, § 1, ff. *de fidejuss.*) ; auparavant, elle ne pouvait plus l'être après la *litis contestatio*, qui avait pour effet de libérer tous ceux qui n'avaient pas été compris dans la demande (Paul, *Sentent.* XVII, § 16).

Un troisième avantage fut accordé aux fidéjusseurs par Justinien, ou plutôt rétabli à leur profit : c'est le *bénéfice de discussion*, qui consistait à les autoriser à renvoyer le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal, alors qu'il était présent. Si ce débiteur payait tout, les fidéjusseurs étaient libérés ; s'il ne payait qu'une portion, ils n'étaient tenus que pour le surplus (L. 4, au Code, *quandò fisc. vel priv.*, et Novelle 4, préf. et ch. 1). — Si le débiteur était absent, le juge était tenu d'accorder un délai au fidéjusseur pour le mettre en cause. Si le débiteur ne se présentait pas dans ce délai, l'action suivait son cours contre le fidéjusseur (Novel. 4, ch. 1).

§ 123. Præterea lege Apuleia cautum est, ut is qui sponsores aut fidepromissores accipiat, prædicat palam et declaret, et de qua re satis accipiat, et quot sponsores aut fidepromissores in eam obligationem accepturus sit, et nisi prædixerit, permittitur sponsoribus et fidepromissoribus, intra diem XXX præjudicium postulare, quo quæratur an ex ea lege prædictum sit; et si judicatum fuerit, prædictum non esse, liberantur. Qua lege fidejussorum mentio nulla sit, sed in usu est, etiam si fidejussores accipiamus, prædicere.

§ 123. La loi Apuléia veut, en outre, que celui qui accepte des *sponsores* ou des *fidepromissores*, le dise hautement et déclare pour quelle chose il les accepte, et combien il veut avoir de *sponsores* ou de *fidepromissores* qui garantissent l'obligation dont il s'agit : s'il ne l'a pas déclaré, il est permis aux *sponsores* et aux *fidepromissores* d'intenter, dans les trente jours, une action préjudicielle où il sera examiné si on a fait la déclaration voulue par cette loi ; et si on juge que la déclaration n'a pas été faite, les *sponsores* et les *fidepromissores* sont libérés. Cette loi ne fait pas mention des fidé-

jusseurs; mais il est d'usage de faire la déclaration, quand nous acceptons des fidéjusseurs.

§ 124. Sed beneficium legis Corneliæ omnibus commune est; qua lege idem pro eodem, apud eundem, eodem anno, vetatur in ampliorem summam obligari creditæ pecuniæ, quam in XX millibus : et quamvis sponsor vel fidepromissor in ampliorem pecuniam, velut si *in* sestertium C millia *se obligaverit*, *non tamen tenebitur*. Pecuniam autem creditam dicimus non solum eam quam credendi causa damus, sed omnem quam tunc, *quum* contrahitur obligatio, certum est debitum iri, id est, *quæ* sine ulla conditione deducitur in obligationem; itaque et ea pecunia quam in diem certum dari stipulamur eodem numero est, quia certum est eam debitum iri, licet post tempus petatur. Appellatione autem pecuniæ omnes res in ea lege significantur, itaque si vinum vel frumentum, et si fundum vel hominem stipulemur, hæc lex observanda est.

§ 124. Le bénéfice de la loi Cornelia (an de Rome 673) est commun à tous : cette loi défend de s'obliger pour le même débiteur envers le même créancier, dans la même année, pour plus de vingt mille sesterces d'argent prêté; et si un *sponsor* ou un *fidepromissor* s'est obligé pour une plus forte somme, cent mille sesterces, par exemple, il ne sera pas tenu. Nous entendons par argent prêté, non-seulement celui que nous donnons pour faire crédit, mais encore tout celui qu'on s'engage à rendre en contractant une obligation, c'est-à-dire celui qui entre dans l'obligation sans condition. C'est pourquoi nous regardons comme argent prêté celui que nous stipulons à terme, parce qu'il est certain que cet argent sera dû, bien qu'on ne le puisse demander qu'après un certain temps. Nous entendons par argent toutes sortes de choses; ainsi, lorsque nous stipulons du vin, du blé, un fonds de terre ou un esclave, la loi Cornelia doit être observée.

Sous le § 42 ci-dessus, nous avons donné l'évaluation du sesterce.

§ 125. Ex quibusdam tamen causis permittit ea lex

§ 125. Dans quelques cas, cependant, cette loi permet

in infinitum satis accipere, veluti si dotis nomine, vel ejus quod ex testamento tibi debeatur, aut jussu judicis satis accipiatur; et adhuc lege vigesima hæreditatum cavetur, ut ad eas satisdationes quæ ex ea lege proponuntur, lex Cornelia non pertineat.

de stipuler à l'infini des cautions, comme si on reçoit caution pour cause de dot, et pour ce qui vous est dû en vertu d'un testament, ou si on la reçoit par ordre du juge; et la loi sur le vingtième des hérédités défend qu'on applique la loi Cornelia aux satisdations qui sont proposées par elle.

Il n'est plus question de cette loi soit aux *Institutes*, soit au Code, soit dans les Novelles. La loi sur le vingtième, dont parle le texte, est la loi Julia, portée en l'an 759 de Rome, qui prélevait un vingtième sur les hérédités, droit porté au dixième par Caracalla.

§ 126. In eo jure quoque juris par conditio est omnium sponsorum, fidepromissorum, fidejussorum, quod ita obligari non possint, *ut verbi gratia* plus debeant, quam deberet is pro quo obligarentur; at ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt, sicut in adstipulatoris persona diximus; nam ut adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis : nec plus in accessione esse potest, quam in principali reo.

§ 126. La condition des *sponsores*, *fidepromissores* et *fidejussores*, est la même, en ce qu'aucun ne peut s'obliger pour une dette plus forte que la dette principale, et en ce que, à l'inverse, ils peuvent s'obliger pour une dette moindre, comme nous l'avons dit au sujet de l'adstipulateur; car leur obligation, comme la créance de l'adstipulateur, est l'accessoire de l'obligation principale; et l'accessoire ne peut être plus étendu que le principal.

§ 127. In eo quoque par omnium causa est, quod, si quis pro eo solverit, ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium; et hoc amplius sponsores ex lege Publilia propriam habent actionem in duplum, quæ appellatur depensi.

§ 127. Leur condition est aussi la même en ce que, si l'un d'eux a payé pour le débiteur principal, il a contre lui l'action de mandat pour recouvrer ce qu'il a déboursé, et les *sponsores* ont de plus, en vertu de la loi Publilia (date inconnue), une action particulière au double qu'on appelle *depensi*.

Ne quittons pas cette matière sans dire un mot du sénatus-consulte Velléien. Ce sénatus-consulte, rendu peu de temps après la suppression de la tutelle des femmes, vers l'an 46 de l'ère chrétienne, déclarait nulle toute intercession pour autrui d'une femme *sui juris*, mariée ou non. — La femme qui était actionnée en vertu d'une telle obligation contractée par elle pouvait opposer l'exception tirée du sénatus-consulte Velléien (Paul, *Sent.* II, 11, § 1, et L. 16, C., *ad S.-C. Vellei.*), sauf le cas de dol de sa part ou d'absence de tout préjudice (L. 2, § 3; — L. 21, *pr.;* — L. 22, ff. *ad S.-C. Vell.*), et ceux où l'intercession avait eu lieu pour un mineur de 25 ans, pour une promesse de dot, pour la liberté d'un autre (L. 12, ff. *de minor. vigint. ann.;* — L. 12, C., *ad S.-C. Vellei.*, et L. 24, *eod.*). Si la femme avait payé en vertu de son *intercessio*, elle avait la répétition de l'indû (L. 9, C., *eod.*).

Remarquons, avec M. Ortolan, t. III, p. 242, que ce sénatus-consulte ne défendait pas aux femmes de s'obliger pour elles-mêmes, ni de payer pour autrui, mais seulement de s'engager pour les autres.

Justinien maintint les dispositions de ce sénatus-consulte, se bornant à exiger certaines formalités pour l'intercession. Il décida aussi que celle qui avait intercédé étant majeure de vingt-cinq ans et qui avait renouvelé son engagement après deux ans ne pourrait plus se prévaloir de l'exception (Nov. 134, *cap.* 8, et ff. LL. 22 et 23, *ad S.-C. Velleian.*).

§ 128. Litteris obligatio fit veluti in nominibus transcriptitiis; fit autem nomen transcriptitium duplici modo : vel a re in personam, vel a persona in personam.

§ 128. L'obligation littérale a lieu par la transcription de créances; cette transcription se fait de deux manières : soit par la chose inscrite au débet d'une personne, soit par une personne qui en délègue une autre.

L'obligation *litteris* était celle qui résultait d'un écrit.

Les Romains étaient dans l'usage d'écrire jour par jour sur un registre (appelé *codex* ou *tabulæ*) leurs dépenses et leurs opérations de toute nature (Cic., *in Verr.*, actio II, lib. I, § 23). Ce *codex* était rempli au moyen de brouillons, appelés *adversaria*, sur lesquels des notes étaient prises au fur et à mesure,

pour être reportées, à la fin de chaque mois, sur le *codex*, qui était d'une destination perpétuelle (Cic., *pro Quint. Rosc. com.*, O. III, § 2; Gaïus, c. III, § 131).

Ces *tabulæ* étaient admises en justice comme un moyen de preuve que les plaideurs pouvaient invoquer, mais elles ne créaient pas *ipso facto* d'obligation (Cic., *pro Quint. Rosc. com.*, O. III, § 2; texte, § 131).

L'écrit ne donnait par lui-même naissance à une obligation qu'autant que l'inscription avait été faite sur le *codex*, en la forme consacrée et dans les conditions exigées pour qu'elle produisît cet effet, abstraction faite de toute cause d'engagement. On appelait *nomina transcriptitia* les créances inscrites sur le *codex* à l'effet de créer l'obligation *litteris*. C'est pourquoi Gaïus nous dit : « *Litteris obligatio fit veluti in nominibus transcriptitiis.* »

Il y avait deux manières de s'obliger *litteris*, soit *à re in personam*, soit *à personâ in personam*.

§ 129. *A re in personam transcriptio* fit, veluti si id quod *modo* ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis, mihi debeas, id expensum tibi tulero.

§ 129. La transcription *a re in personam* a lieu lorsque je porte écrit comme pesé pour votre compte ce que vous me devez en vertu d'une vente, d'un louage ou d'un contrat de société.

La transcription *à re in personam* avait lieu quand un créancier portait écrit comme pesé (*expensum*) pour le compte d'une personne ce qu'elle devait déjà en vertu d'une vente, d'un louage ou d'un contrat de société.

§ 130. A persona in personam transcriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi.

§ 130. La transcription *a persona in personam* a lieu lorsque je porte comme pesé pour votre compte ce que Titius me devait, c'est-à-dire lorsque Titius vous a délégué à moi.

La transcription *à personâ in personam* s'accomplissait quand on portait comme pesé pour le compte d'un tiers délégué ce qu'un autre devait déjà.

De même que la stipulation avait pour effet d'obliger le répondant au payement de ce que le créancier avait stipulé, indépendamment de toute cause d'obligation, de même le contrat *litteris* liait celui dont le nom figurait sur le *codex* du créancier au nombre des débiteurs de ce dernier.

Ici l'écriture n'était pas seulement un moyen de preuve de l'obligation, c'était l'obligation elle-même. Le *codex* portait qu'une personne avait reçu, qu'elle devait; cette personne était tenue de payer comme s'il était établi qu'en réponse à une stipulation elle avait promis.

Jusqu'à présent, pas de difficulté : chacun s'accorde à reconnaître que l'obligation littérale naissait de l'écrit, comme l'obligation par paroles naissait de la solennité de l'interrogation et de la réponse. Mais ce qui est plus embarrassant, c'est de savoir comment l'écriture faite par le créancier sur son *codex* avait pour effet de produire une obligation. Et d'abord était-ce le créancier lui-même qui inscrivait le nom du débiteur sur son registre? et, en admettant l'affirmative, quand et comment avait-il le droit et le pouvoir d'obliger les tiers envers lui?

Sur la première question, il n'est pas douteux qu'on doit répondre par l'affirmative. En effet, Gaïus dit formellement que l'obligation littérale avait lieu quand *un citoyen portait pour pesé* ce qu'on lui devait en vertu d'un contrat de bonne foi, ou lorsqu'il transcrivait au débet d'une personne la dette d'un tiers, sur la délégation de ce dernier. Cicéron vient encore confirmer ce sentiment (*pro Roscio comœd.*, O. III, § 3).

En second lieu, il est certain que le consentement de celui qu'on voulait obliger *litteris* était indispensable pour le lier. Le nom seul de contrat *litteris* le prouve suffisamment, puisqu'un contrat suppose une convention, et qu'il ne saurait y avoir convention sans le consentement de deux personnes au moins. Cicéron et Théophile viennent à l'appui de cette proposition incontestable (Cic., *ib.*, O. XIII, § 1; Théophile, sur le livre III, tit. XXI, des *Institutes* de Justinien).

Mais comment le consentement devait-il être donné? Suivant MM. Ortolan, t. III, p. 250, et Demangeat, t. II, p. 291 et suiv., il devait, pour être régulier, figurer sur le *codex* du débiteur; mais cela n'était pas nécessaire : ce qui le prouve,

c'est que Sénèque, *de beneficiis*, liv. II, c. 23, et liv. III, c. 15, parle de témoins qu'on appelait pour attester que l'écrit figurant sur le *codex* du créancier avait été fait du consentement du débiteur. Il nous semble, toutefois, que le consentement de ce dernier n'était légalement donné que par écrit. — Le nom même de contrat *litteris* me paraît nécessiter cette solution. En effet, s'il eût suffi de consentir verbalement à l'inscription du *nomen* sur le registre du créancier, l'obligation qui en serait résultée n'eût été, en définitive, qu'une obligation née d'un contrat purement consensuel, dont l'écriture serait venue constater l'existence. Cela est si vrai, qu'en cas de contestation sur le consentement, on se serait trouvé dans la nécessité d'établir par témoins que le réclamant avait été autorisé à inscrire le prétendu débiteur sur son registre, à moins qu'on ne soutienne qu'une fois l'inscription faite sur le *codex*, on était tenu par elle seule, et sans qu'on fût admis à contredire un registre rempli à l'insu de l'obligé.

Le résultat auquel on arriverait dans le système que nous combattons ne permet pas de le soutenir, à moins qu'on ne veuille réduire le contrat *litteris* à un contrat consensuel dont l'écriture servait à établir l'existence. Comme il n'en saurait être ainsi, surtout au temps de Gaïus, nous devons chercher une solution meilleure.

Le consentement de celui qui s'obligeait devait donc être donné par écrit. Mais suffisait-il qu'il portât sur son *codex* le consentement qu'il avait donné à l'inscription faite par le créancier sur le sien? S'il en avait été ainsi, est-ce que le contrat *litteris* n'aurait pas encore été un contrat consensuel, dont la preuve devait être faite par écrit? Cela n'est pas douteux, puisque le débiteur qui aurait contesté la dette dont la mention existait sur le *codex* du prétendu créancier serait venu, par la confrontation de son registre avec celui du créancier, contredire l'obligation prétendue, et le juge aurait dû se décider en faveur de celle des deux parties dont le registre aurait été le plus régulièrement tenu, c'est-à-dire qu'en définitive l'écriture, au lieu de donner naissance au contrat, n'aurait été qu'un moyen de vérification de la véracité du demandeur et du défendeur. Que si le prétendu débiteur avait refusé de montrer son registre, la condamnation que le juge aurait

prononcée serait résultée de la conviction où il était qu'en réalité le consentement avait été donné, et que le refus de montrer le registre en était la preuve.

Que si, au contraire, le prétendu débiteur avait montré son registre, et que mention de sa dette y fût écrite, l'écriture n'aurait encore été ici qu'un moyen de preuve, et non point l'élément générateur de l'obligation.

D'ailleurs, si l'on admettait que la mention faite par le débiteur de son obligation sur son *codex* était nécessaire à la formation du contrat, on arriverait, en définitive, à une impossibilité, puisqu'il serait toujours facile de ne pas montrer ce *codex*, en supposant même qu'on y eût inscrit sa dette, et qu'ainsi le contrat n'existerait pas.

Nous croyons qu'il est aisé de sortir de ces impossibilités et de démontrer, en restant d'accord avec les textes, que le consentement écrit du débiteur formait réellement la dette, et qu'une fois ce consentement donné de la sorte et remis au créancier, il ne lui était pas plus possible de se délier qu'alors qu'il était obligé en vertu d'une stipulation.

Pour cela, il suffit d'admettre que le débiteur donnait à son créancier un écrit de sa main, où il constatait qu'il autorisait son cocontractant à porter sur son *codex* telle somme comme pesée. Dans ce cas, si le débiteur auquel on opposait le *codex* déniait qu'il eût consenti à la transcription, son écrit était là qui le condamnait : il était lié *litteris;* l'obligation résultait d'un acte émané du débiteur même. Ici, point de constatation arbitraire du consentement : il résultait de l'écrit même du débiteur, dont la *transcription* avait été faite sur le *codex* du créancier. La confrontation du registre du débiteur avec celui du créancier ne servait qu'à faire ressortir davantage la mauvaise foi du premier. Le registre du créancier était nécessaire pour que l'obligation existât ; l'écrit de l'obligé était indispensable pour donner au créancier le pouvoir de le lier *litteris.*

Trois textes viennent à l'appui de notre opinion sur la manière dont le consentement du débiteur devait être donné. Le premier est tiré du § 134 de notre auteur, où il est dit que l'obligation littérale se formait *entre étrangers* par les *chirographa* et les *syngrapha*, *lorsque quelqu'un écrivait qu'il devait (si scribat se debere aut daturum)*. Ici, on ne saurait

contester la nécessité de l'écriture du débiteur; mais elle suffisait. N'est-il pas plus que probable qu'entre citoyens romains l'écriture du débiteur était utile, nécessaire, quoiqu'elle ne suffît pas? Evidemment si, puisque les *syngrapha* étaient des contrats *litteris* pour les étrangers, comme le contrat *litteris* proprement dit en était un pour les Romains.

Le second texte que nous invoquons est tiré de la paraphrase de Théophile sur le titre XXI des *Institutes* de Justinien, où il est dit : « Telles étaient les paroles qui étaient prononcées et écrites : « Les cent que tu me dois en vertu d'un louage, je les ai portés pour pesés. » Ensuite, celui qui était obligé en vertu d'un louage écrivait : « Tu m'as porté ces cent pour pesés. » L'obligation était ainsi nommée parce qu'elle consistait dans des *écrits*.

Le troisième texte est tiré des *Institutes* de Justinien. L'empereur rappelle qu'il existait avant lui un contrat qui se formait par l'écriture; il déclare en même temps que ce contrat n'était plus en usage de son temps. Mais, ajoute-t-il, *si quelqu'un a déclaré par écrit (planè si quis debere se scripserit)* devoir une somme qui ne lui a pas été comptée, il ne peut plus, après deux ans, opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Après ce temps, *l'écriture l'oblige.*

On voit qu'au temps de Justinien l'écriture n'obligeait qu'autant qu'on s'était reconnu débiteur par écrit, et qu'en dernière analyse (sauf la nécessité de la transcription supprimée par Justinien), après deux ans, l'écriture suffisait pour obliger. Les *chirographa* seuls restèrent, et nous voyons qu'ici l'écrit du débiteur était le lien.

Maintenant, pour achever d'établir le fondement de notre opinion, il suffit de faire une comparaison sommaire entre le contrat *litteris* et le contrat *verbis*.

Dans la stipulation, deux parties intervenaient : le stipulant et le promettant; dans le contrat *litteris*, nous voyons une partie qui portait comme pesé ce qu'on s'obligeait à lui rendre, et une partie qui écrivait qu'elle autorisait l'autre à faire cette transcription.

Dans la stipulation, des paroles solennelles devaient être prononcées; dans le contrat *litteris*, des paroles spéciales devaient être écrites.

La stipulation était un contrat de droit strict, d'où naissait l'action *ex stipulatu* ou l'action *condictio certi;* le contrat *litteris* était un contrat de droit strict, d'où naissait la *condictio certi.*

La stipulation était plutôt une manière de s'obliger qu'un contrat particulier ; elle était fréquemment employée à l'effet de nover une obligation préexistante. Le contrat *litteris* était également plutôt une manière de s'obliger qu'un contrat particulier; il était très-usuellement employé pour transformer une obligation préexistante en une obligation par écrit.

Le contrat *litteris* était si bien le parallèle du contrat *verbis*, que Gaïus nous dit que ce contrat se formait par l'écriture, *pourvu qu'il n'y eût pas de stipulation*, parce qu'en effet, dès qu'il y avait une stipulation, l'obligation de droit strict existait, et le débiteur était obligé en vertu d'une stipulation ; il n'était pas besoin d'un écrit pour l'obliger d'après le droit strict : l'écrit n'eût plus été qu'un moyen de preuve de l'obligation verbale.

Quand on voit une telle analogie dans les deux manières de contracter dont nous nous occupons, quand Théophile nous dit expressément que des paroles solennelles étaient écrites par les parties qui voulaient contracter *litteris*, peut-on sérieusement mettre en doute la nécessité d'un écrit de la part de celle qui s'obligeait ?

Il est vrai que, contrairement à ce qui avait lieu dans le contrat verbal, le contrat *litteris* pouvait intervenir entre absents (texte, § 138). Mais cela ne détruit aucunement la nécessité d'un écrit de la part du débiteur, et tient précisément à ce que l'écrit peut, à la différence de la réponse verbale, transmettre sûrement la pensée de celui qui veut s'engager, et cela alors même qu'il est éloigné de la personne qui prétend l'obliger. Dans le cas où le contrat se formait entre absents, il n'était même pas possible de mettre en doute l'existence de l'écriture du débiteur, puisqu'on ne peut communiquer son intention à une personne éloignée que par un écrit ou par un mandataire, et que personne n'ignore que, dans les principes du droit civil romain, un mandataire ne pouvait pas obliger son mandant envers les tiers, et réciproquement.

Le contrat *litteris* ne pouvait avoir pour objet que des quantités certaines (L. 1, § 9, ff. *de rebus creditis*). La stipulation, au contraire, pouvait comprendre des quantités indéterminées. La *condictio certi* naissait seule du contrat littéral; la *condictio incerti* pouvait naître du contrat verbal, aussi bien que la *condictio certi* (*Instit.* Just., liv. III, t. XV, *pr.*).

Ajoutons en terminant que, bien que les textes (texte, §§ 128 à 138) paraissent ne présenter le contrat *litteris* que comme un moyen de novation, il est facile de le concevoir comme contrat créant une obligation primitive, de même que la stipulation.

§ 131. Alia causa est eorum nominum, quæ arcaria vocantur; in his enim rerum non litterarum obligatio consistit: quippe non aliter valet, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniæ *creditæ* facit obligationem; qua de causa recte dicemus, arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factæ testimonium præbere.

§ 131. Ces *nomina transcriptitia* sont autre chose que les inscriptions appelées inscriptions venant de la cassette (*arcaria nomina*) : ces dernières ne créent pas l'obligation littérale, car l'obligation ne se forme que par la numération de l'argent; c'est la numération de l'argent prêté qui fait naître l'obligation; aussi disons-nous avec raison que les *arcaria nomina* ne forment pas une obligation, mais servent à prouver une obligation préexistante.

En dehors des *nomina transcriptitia* dont nous venons de parler, les Romains avaient l'habitude d'inscrire toutes les dettes dont on était tenu envers eux, non plus à l'effet de rendre leurs débiteurs liés *litteris*, mais afin d'en faire usage comme moyen de preuve d'une obligation, preuve que le juge admettait ou rejetait, suivant le degré de confiance qu'elle lui inspirait. Dans ce cas, le prétendu débiteur était admis à établir que la somme portée sur le registre du demandeur ne lui avait pas été comptée effectivement, et que, par suite, il n'était pas obligé, à la différence de ce qui arrivait dans le cas d'obligation *litteris*, où le débiteur aurait

vainement nié qu'il n'avait pas reçu l'argent *expensum*, si la transcription avait été opérée sur le *codex*, conformément à ce qui a été dit sous le § 130.

§ 132. Unde proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniæ obligantur : quod genus obligationis juris gentium est.

§ 132. C'est pour cela qu'on dit, avec raison, que les étrangers peuvent s'obliger au moyen des registres, parce qu'ils ne s'obligent pas par l'inscription, mais par la numération des espèces : ce genre d'obligation est du droit des gens.

Aussi reconnaissait-on que les étrangers pouvaient s'obliger par les *nomina arcaria*, l'engagement résultant du fait de numération des espèces étant du droit des gens.

§ 133. Transcriptitiis vero nominibus an obligentur peregrini, merito quæritur, quia quodammodo juris civilis est talis obligatio : quod Nervæ placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transcriptitium, etiam peregrinos obligari; si vero a persona in personam, non obligari.

§ 133. Mais on demande, avec raison, si les étrangers peuvent s'obliger par l'expensilation ; car une telle obligation est en quelque sorte de droit civil, d'après l'avis de Nerva. Sabinus et Cassius croient, au contraire, que si la transcription est *a re in personam*, les étrangers sont obligés par elle ; si, au contraire, elle est *a persona in personam,* les étrangers ne sont pas obligés.

Le contrat *litteris* était, en quelque sorte, *quodammodo*, du droit civil, d'après Nerva. Aussi n'admettait-il pas que les pérégrins pussent y figurer. Les sabiniens distinguaient entre la *transcriptio à re in personam* et celle *à personâ in personam.* La première était possible aux étrangers, sans doute parce qu'elle ne créait pas l'obligation à leur charge, mais ne faisait qu'en modifier la forme ; la seconde leur était interdite, parce qu'elle aurait fait peser sur leur tête un engagement auquel ils étaient complétement étrangers.

§ 134. Præterea litterarum obligatio fieri videtur chyro-

§ 134. L'obligation littérale paraît encore pouvoir se for-

graphis et syngraphis, id est, si quid debere se, aut daturum se scribat, ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat, quod genus obligationis proprium peregrinorum est.

mer par les *chirographa* et les *syngrapha*, c'est-à-dire lorsque quelqu'un écrit qu'il doit ou donnera, pourvu qu'il n'y ait pas de stipulation; cette manière de s'obliger est propre aux étrangers.

Au surplus, les pérégrins pouvaient se lier *litteris* par les *chirographa* et les *syngrapha*. Les premiers étaient des écrits émanés de la main du débiteur; les seconds, des écrits signés des deux parties (Asconius, *ad Ciceronem*, *in Verrem*, act. 2, liv. I, § 36).

§ 135. Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis.

§ 135. Les obligations se forment par le seul consentement dans les ventes, les louages, les sociétés, les mandats.

A la différence des contrats dont nous venons de nous occuper, et qui ne donnaient naissance à l'obligation qu'autant qu'une chose avait été livrée, qu'une interrogation et une réponse conforme étaient intervenues, ou qu'un écrit avait été fait entre les parties, il était toute une classe de contrats qui se formaient en vertu du seul consentement des parties. Elle comprenait la vente, le louage, le mandat et la société.

§ 136. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum, neque scripturæ ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt, consensisse; unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam, aut per internuntium, quum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.

136. Nous disons que ces obligations se forment par le consentement, parce qu'elles n'ont besoin pour exister ni de stipulation ni d'aucune écriture, et qu'il suffit que les contractants aient consenti: c'est ce qui fait que de pareils contrats peuvent avoir lieu entre absents, soit par lettres ou par un fondé de pouvoir, tandis que l'obligation verbale, au contraire, ne peut avoir lieu entre absents.

§ 137. Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et æquo præstare oportet : quum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius *referendo* obligetur.

§ 137. Pareillement, dans ces contrats, chaque partie s'oblige envers l'autre pour ce qu'elles doivent se fournir de bonne foi; tandis que, dans les obligations verbales, l'un stipule, l'autre promet, et, dans les contrats littéraux, l'un oblige l'autre en portant l'argent comme pesé, l'autre est obligé par son consentement à cette transcription.

Ce qui revient à dire que les contrats consensuels sont *synallagmatiques*, tandis que ceux dont il a été parlé jusqu'à présent sont *unilatéraux*.

§ 138. Sed absenti expensum ferri potest, etsi verbis obligatio cum absente contrahi non possit.

§ 138. Mais le contrat littéral peut avoir lieu entre absents, à la différence de l'obligation verbale, qu'on ne peut pas contracter avec un absent.

V. nos explications sous le § 130.

§ 139. *Emptio et venditio contrahitur*, quum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit ; nam quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractæ.

§ 139. La vente est parfaite lorsqu'on est convenu du prix, quoiqu'il n'ait pas encore été payé, alors même qu'on n'aurait pas donné d'arrhes, car les arrhes ne sont qu'une preuve de la vente.

On appelait *emptio-venditio* (vente) la convention aux termes de laquelle une personne s'engageait à livrer une chose déterminée à une autre, et à lui en procurer la libre possession, moyennant un prix fixé entre elles ou à fixer par un tiers désigné, et qui devait consister en argent.

Les choses susceptibles de tradition ou de quasi-tradition (choses corporelles et *jura in re*), pourvu qu'elles fussent dans le commerce, pouvaient faire l'objet de la vente (LL. 34, §§ 1 et 2, et 80, § 1, ff. *de contrah. empt.*). — Les créances, aussi, pouvaient être vendues (tit. IV du liv. XVIII, au Digeste,

de hæreditate vel actione venditâ), quoiqu'elles ne fussent pas susceptibles d'une livraison proprement dite, à laquelle on suppléait soit par un mandat, soit par une novation (*V. infrà*, du mandat, et de l'extinction des obligations).

La chose d'autrui pouvait faire l'objet de la vente (L. 28, ff. *de contrah. empt.*).

Il en était de même d'une chose future, comme des fruits à venir (L. 8, *eod.*).

Le contrat était parfait dès qu'il y avait entre les parties accord sur la chose et sur le prix. Si des arrhes avaient été données, elles n'étaient, au temps de Gaïus, qu'un moyen de preuve. — Justinien modifia cet état de choses et voulut que les arrhes fussent considérées comme un dédit au moyen duquel l'acheteur, s'il les avait payées, pouvait renoncer au contrat, le vendeur ayant la même faculté, en rendant les arrhes au double, s'il les avait reçues (*Inst., de empt. et vend., præm.*). — D'après le même texte, quand les parties avaient subordonné la vente à la condition qu'il y aurait un écrit, le contrat ne produisait d'obligation qu'autant que cette condition s'accomplissait, ce qui ne veut pas dire, au surplus, qu'en une telle hypothèse le contrat devînt *litteris*, mais simplement conditionnel, l'écrit n'étant ici qu'un moyen de preuve, et non une cause d'obligation.

§ 140. Pretium autem certum esse debet; alioquin si ita inter eos convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empta, Labeo negavit, ullam vim hoc negotium habere ; *quam sententiam* Cassius probat; *at* Offilius et eam empt*ionem putat et ven*ditionem, cujus opinionem Proculus secutus est.

§ 140. Le prix doit être déterminé, car autrement, si les contractants ont convenu que la chose serait payée suivant l'estimation qu'en ferait un tiers désigné, Labéon dit que cette convention est nulle; cet avis est adopté par Cassius. Offilius pense qu'il y aura achat et vente ; Proculus a admis cette opinion.

Justinien décida que, dans le cas prévu par notre paragraphe, il y aurait vente conditionnelle (*Inst., de empt. et vendit.*, § 1). Si le tiers déterminait le prix, l'acheteur était tenu de payer et le vendeur de livrer suivant cette estimation. Dans le cas contraire, il n'y avait pas de vente.

§ 141. *Item* pretium in numerata pecunia consistere debet : *nam* in cæteris rebus an pretium esse possit, veluti hoc modo : an homo, aut toga, aut fundus, alterius rei, valde quæritur? Nostri præceptores putant, etiam in alia re posse consistere pretium; unde illud est, quod vulgo putant, per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis *et* venditionis vetustissimam esse : argumentoque utuntur Græco poeta Homero, qui aliqua parte sic ait :

Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτῇσι βόεσσιν,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

Diversæ scholæ auctores dissentiunt, aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem : alioquin *non posse* rem expediri permutatis rebus quæ videatur res venisse, et quæ pretii nomine data esse; sed rursus utramque videri et venisse, et utramque pretii nomine datam esse, absurdum videri; sed ait Cœlius Sabinus, si rem a te venalem habente, veluti fundum, acceperim, et pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem videri venisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundus acciperetur.

§ 141. Le prix doit, de plus, consister en argent monnayé, car on agite fortement la question de savoir si le prix peut consister en d'autres choses, comme un esclave, une toge, un fonds ou autre chose qui ne soit pas de l'argent; nos maîtres pensent que le prix peut consister en toute autre chose; aussi pensent-ils communément qu'une vente peut avoir lieu par un échange de choses, et que c'est là la plus ancienne forme de ce contrat : ils citent, pour appuyer leur opinion, le poëte grec Homère, qui dit quelque part :

Les Grecs, aux longs cheveux, achetaient le vin,
Les uns avec l'airain, les autres avec le fer splendide,
Les uns avec des fourrures, les autres avec leurs propres bœufs,
Les autres avec leurs esclaves.

Les proculéiens sont d'un autre avis, et pensent que l'échange des choses diffère de la vente; car on ne peut pas distinguer parmi les choses échangées celle qu'on a vendue de celle qui en est le prix : mais, au contraire, chaque chose peut passer pour la chose vendue, ou pour le prix, ce qui est absurde; mais Cœlius Sabinus répond que si j'ai reçu de vous une chose que vous vouliez vendre, comme un fonds de terre, et si je vous ai donné, par exemple, un esclave en guise de prix de ce fonds, le fonds sera considéré comme chose vendue, et l'esclave comme le prix donné pour avoir le fonds.

Le prix devait consister en argent, sinon l'acte devenait un échange (texte, et *Inst.*, *loc. cit.*, § 2). Il devait être fixé par les parties ou soumis à la fixation d'un tiers désigné (texte, § 140, et *Inst.*, *eod.*, § 1).

Du contrat de vente naissaient des obligations réciproques entre le vendeur et l'acheteur.

Les principales obligations du vendeur étaient de livrer la chose et d'en garantir la libre possession et les défauts cachés.

Il devait livrer la chose à l'acheteur, lui en procurer la possession libre (LL. 2, § 1 ; — 3, § 1, — et 11, § 2, ff. *de act. empti et venditi*).

Il devait, en outre, garantir l'acheteur de toute éviction et assurer sa possession (L. 11, *eod.*), soit totale, soit partielle (*eod.*). — Mais la loi ne se préoccupait que d'une éviction juridique et ne protégeait l'acheteur qu'autant qu'il avait fait tout ce qu'il pouvait pour se mettre à l'abri de l'action des tiers, notamment qu'il avait averti le vendeur en temps utile du danger qui le menaçait (L. 29, ff. *de evict.*, et LL. 7 et 14, au Code, même titre).

Une troisième obligation du vendeur était celle de garantir les défauts cachés de la chose vendue, qui entraînaient pour l'acheteur privation totale ou partielle de l'usage de cette chose. La conséquence de cette garantie variait suivant les cas, et était tantôt d'entraîner une diminution de prix, tantôt la résiliation (LL. 11, § 3, et 13, § 4, ff. *de action. empt.*; et le titre *de œdilit. edict. et redhib. et quanti minoris*).

Quant aux obligations de l'acheteur, elles consistaient : 1° à payer son prix ; 2° à rembourser les impenses faites de bonne foi à la chose vendue depuis la vente ; 3° à payer les intérêts de son prix du jour de la tradition, si le payement n'était pas à terme (L. 13, §§ 20, 21 et 22, ff. *de act. empt.*).

Si la chose venait à périr entre le jour de la vente et celui de la tradition, elle périssait pour l'acheteur, quand la vente était pure et simple ou à terme et avait pour objet un corps certain, par le motif que le vendeur, n'étant tenu que de l'obligation de livrer, ne pouvait souffrir de ce que, sans sa faute, il était dans l'impossibilité de satisfaire à son obligation, et

l'acheteur était néanmoins tenu de payer le prix (*Instit.*, *de empt. et vendit.*, § 3). Réciproquement, si la chose recevait des alluvions, des accroissements depuis la vente, le vendeur devait les livrer à l'acheteur (L. 13, §§ 10, 13 et 18, ff. *de act. empt.*, et *Instit.*, *eod.*). — Quand la vente était conditionnelle, comme elle ne commençait à produire son effet qu'après l'événement de la condition, il en résultait que si la chose n'existait plus à ce moment, il n'y avait point d'obligation, la vente n'ayant pu se former sans objet, et partant que la perte était pour le vendeur (LL. 7, 8 et 15, ff. *de contrah. empt.*; — L. 5, au Code, *de peric. et commod.*). — Si l'objet de la vente n'était pas un corps certain, il périssait toujours pour le vendeur jusqu'à la livraison, par le motif qu'il était de règle que les choses qui n'étaient pas des corps certains ne périssaient point et étaient remplacées par d'autres (L. 35, §§ 5 et 6, ff. *de contrah. empt.*).

Quoique parfait, le contrat de vente était susceptible de rescision pour vileté de prix, à moins que l'acheteur ne payât le surplus du juste prix. Il y avait vil prix lorsqu'il était inférieur à la valeur de la moitié de la chose vendue (LL. 2 et 8, au C., *de rescind. vend.*).

Quand le consentement de l'une des parties était le résultat de la violence, du dol et de l'erreur, celle des parties qui avait cédé à l'une de ces causes pouvait paralyser l'action de l'autre en invoquant l'exception tirée de la violence, du dol et de l'erreur (LL. 1 et 8, au Code, *de rescind. vendit.*, et les titres du Digeste *quod metus causa*, *de dolo malo* et *de juris et facti ignorantia*).

Sur l'appréciation de la responsabilité du vendeur à l'égard de la chose vendue, voyez ce que nous disons dans le deuxième appendice placé à la suite de ce commentaire.

§ 142. Locatio autem et conductio similibus regulis constituuntur : nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi.

§ 142. Le louage est soumis à des règles semblables ; car si on n'est pas convenu d'un salaire certain, le louage n'existe pas.

Le louage est un contrat par lequel une personne s'engage à faire avoir pour un certain temps la jouissance d'une chose

à une autre personne, ou à lui fournir ses services, ou à faire pour elle un travail déterminé, moyennant un prix convenu à l'avance ou à fixer par un tiers désigné, et qui doit consister en argent.

On appelait *locator* le propriétaire de la chose louée, la personne qui louait ses services, et celle qui s'engageait à faire un travail déterminé. On désignait sous le nom de *conductor* celui qui s'engageait à payer le prix de la chose louée, *mercedem*. — Toutefois l'entrepreneur était quelquefois appelé *conductor operis*. Si le prix à payer n'avait été ni fixé à l'avance ni remis à l'arbitrage d'un tiers désigné, mais que les parties se fussent réservé de le fixer plus tard elles-mêmes, il n'y avait pas louage, mais *contrat innomé*, qui donnait lieu à l'action *præscriptis verbis* (texte, § 143, et *Institut.*, *de loc. et conduct.*, § 1).

§ 143. Unde si alieno arbitrio merces promissa sit, velut quanti Titius æstimaverit, quæritur an locatio et conductio contrahatur; qua de causa si fulloni polienda curandave, et sarcinatori sarcienda vestimenta dederim, nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quanti inter nos convenerit, quæritur an locatio et conductio contrahatur.

§ 143. C'est pourquoi c'est une question de savoir s'il y a louage lorsqu'on a promis un salaire que Titius déterminera : si donc j'ai donné un vêtement à un foulon pour qu'il le nettoie et en prenne soin, ou à un ravaudeur pour qu'il l'arrange, sans avoir déterminé un salaire à l'avance, m'engageant à donner ce dont nous conviendrons plus tard, on demande s'il y a louage.

Justinien décida que, lorsque le prix n'aurait pas été déterminé *ab initio*, il y aurait contrat innomé, et non louage. (*Instit.*, *de locat. et cond.*, § 1).

§ 144. Vel si rem tibi utendam dederim, et invicem aliam rem utendam acceperim, quæritur an locatio et conductio contrahatur.

§ 144. On demande encore s'il y a louage lorsque je vous ai prêté une chose pour que vous vous en serviez, et que, réciproquement, j'ai reçu votre chose pour mon usage.

Justinien voit encore dans l'espèce un contrat innomé, donnant lieu à l'action *præscriptis verbis* (*eod.*, § 2).

§ 145. Adeo autem emptio et venditio, et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quæri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio; veluti si qua res in perpetuum locata sit: quod evenit in prædiis municipum, quæ ea lege locantur, ut, quandiu id vectigal præstetur, neque ipsi conductori, neque hæredi ejus prædium auferatur; sed magis placuit locationem conductionemque esse.

§ 145. Mais la vente et le louage ont une telle ressemblance que, dans certains cas, on est dans le doute pour savoir s'il y a vente ou louage; par exemple, si une chose a été louée à perpétuité : cela a lieu pour les champs municipaux qui sont loués sous la condition que le champ ne sera pas retiré au preneur, ni à son héritier, tant que le salaire convenu sera payé; mais on a décidé que c'était là un louage plutôt qu'une vente.

Quand un fonds de terre avait été loué *à perpétuité*, le louage prenait le nom particulier d'*emphytéose* et avait un caractère propre. Il créait un droit réel au profit de celui qui avait reçu la chose (texte, *hìc*, et *Instit.*, § 3). — *Voir* nos explications sous le § 147.

§ 146. Item quæritur si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos vero singulos qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille : quæritur utrum emptio et venditio, an locatio et conductio contrahatur, et magis placuit, eorum qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri : at eorum qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et venditionem esse : idque ex accidentibus apparet, tanquam sub conditione facta cujusque venditione aut locatione; jam enim non dubitatur, quin sub conditione res veniri aut locari possint.

§ 146. On demande encore s'il y a vente ou louage, lorsque je vous ai livré des gladiateurs sous la condition que, pour tous ceux qui sortiraient de la lutte sains et saufs, vous me donneriez vingt deniers pour prix, et que, pour ceux qui seraient tués ou estropiés, vous me donneriez mille deniers; on s'est accordé à reconnaître qu'il y a louage relativement à ceux qui sortiront de la lutte sains et saufs, et vente pour ceux qui auront été tués ou estropiés. La question est décidée d'après les événements, chacun des gladiateurs étant vendu ou loué conditionnellement : car, de nos jours, on ne doute plus que

les choses ne puissent être vendues ou louées sous condition.

Le denier valait dix as ou cinquante centimes.

§ 147. Item quæritur si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certæque formæ annulos mihi faceret, et acciperet verbi gratia denarios CC, utrum emptio et venditio, an locatio et conductio contrahatur. Cassius ait materiæ quidem emptionem *et* venditionem contrahi, operarum autem locationem et conductionem ; sed plerisque placuit, emptionem et venditionem contrahi ; atqui si meum aurum ei dedero, mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi.

§ 147. On demande également si nous contractons une vente ou un louage lorsque j'ai convenu avec un orfévre qu'il me ferait des anneaux d'un certain poids et d'une certaine forme avec son or, et qu'il recevrait pour cela de moi deux cents deniers, par exemple. Cassius dit qu'il y a vente de la matière et louage du travail de l'orfévre ; mais la plupart des autres disent qu'il n'y a qu'une vente ; si, au contraire, j'ai fourni de l'or à l'orfévre, ayant convenu d'un salaire pour son travail, on reconnaît qu'il y a louage.

Justinien a décidé qu'il y avait vente dans le premier cas et louage dans le second (*loc. cit.*, § 4).

La principale obligation du locateur était de procurer au preneur la jouissance de la chose louée pendant le temps fixé (L. 9, *pr.*, ff. *locati conducti*). Il était tenu, en outre, de le garantir de tous troubles juridiques contrariant cette jouissance (LL. 55, § 1, et 61, *pr.*, *eod.*), et enfin de lui rembourser les impenses nécessaires et celles ayant augmenté la valeur de la chose (*ib.*).

Quant au locataire ou preneur, il était tenu : 1° du payement de son prix aux termes fixés ; 2° de restituer la chose louée à l'expiration du bail ; 3° enfin, de veiller à la conservation de la chose comme un bon père de famille (LL. 48, § 1, et 54, ff. *locati conducti*, et *Instit.*, § 5, *loc. cit.*). — *V.* 2e appendice, à la fin de ce commentaire.

Le louage prenait fin : 1° par l'expiration du terme convenu, sauf renouvellement exprès ou tacite (LL. 13, § 11, et 14, ff. *loc.*

cond.) ; 2° par la perte de la chose louée (L. 9, § 1, *eod.*); 3° par sentence du juge, pour abus de jouissance ou défaut de payement du prix pendant deux ans (LL. 54, § 1, et 56, *eod.*); 4° par le fait du locateur qui n'assurait pas la jouissance de la chose louée (L. 13, § 7, *eod.*, et LL. 27, § 1; 24, § 4, et 60, *pr.*, *eod.*) ; 5° par la nécessité où était le locateur de reprendre sa chose (L. 3, C., *de locato et conducto*) ; 6° enfin, par l'accord des parties.

La mort des parties ne mettait pas fin au louage des choses, mais celle du locateur dans le louage de services, et de l'entrepreneur dans celui d'une entreprise, le faisait cesser (*Instit.*, § 6).

L'emphytéose prenait fin : 1° par la perte de la chose (L. 1, au Code, *de jure emphyt.*, et § 3, aux *Instit.*, *de locat. conduct.*) ; 2° par la mort de l'emphytéote sans héritier légitime ou testamentaire, ou sans représentant à un autre titre (*ib.*;—Voët, *ad Pandectas*, lib. VI, tit. 3, n° 14) ; 3° par le non-payement de la redevance pendant trois ans (L. 2, C., *de jure emphyt.*); 4° par la renonciation de l'emphytéote ; 5° enfin, par la prescription, lorsqu'un tiers possédait pendant la possession de long temps contre le propriétaire et l'emphytéote, ou lorsque l'emphytéote acquérait du non-propriétaire et usucapait, ou lorsque le propriétaire laissait prescrire son action contre l'emphytéote (L. 1, C., *de usucap. transform.*; — L. 7, *eod.*, *de præscript. trig. vel quadr. ann.*;—Voët, *loc. cit.*, n° 47).

§ 148. Societatem coire solemus aut totorum bonorum, aut unius alicujus negotii, veluti mancipiorum emendorum aut vendendorum.

§ 148. Nous avons coutume de faire des sociétés de tous biens, ou des sociétés pour un certain genre d'affaires, comme l'achat ou la vente des esclaves.

La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun des biens ou leur industrie, dans l'objet de partager les bénéfices et les pertes qui en proviendront.

§ 149. Magna autem quæstio fuit, an ita coiri possit socie-

§ 149. Mais c'est une grave question de savoir si on peut

tas, ut quis majorem partem lucretur, minorem damni præstet; quod Quintus Mutius etiam *contra naturam societatis esse censuit. Sed Servius Sulpicius, cujus* prævaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni præstet, sed lucri partem capiat, si modo opera ejus tam pretiosa videatur, ut æquum sit, eum cum hac pactione in societatem admitti; nam et ita posse coiri in societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit: sæpe enim opera alicujus pro pecunia valet.

s'associer de manière que l'un des associés ait dans les bénéfices une part plus grande que celle qu'il supporte dans les pertes. Quintus Mutius a pensé que cela était contraire à la nature de la société; mais Servius Sulpicius, dont l'avis a prévalu, était si persuadé que la société peut se contracter ainsi, qu'il a dit qu'on pouvait faire une société telle que celui qui ne supporte aucune perte prenne part au bénéfice, pourvu que son industrie paraisse assez utile pour qu'il soit équitable de l'admettre sous ces conditions dans la société: il est constant, en effet, qu'une société peut exister de manière que l'un des associés fournisse seul l'argent, et que pourtant les bénéfices soient communs entre les deux associés: souvent, en effet, l'industrie remplace l'argent.

Gaïus ne s'occupe que de deux espèces de sociétés:

1° Celle de tous biens, comprenant non-seulement les biens présents des parties, mais encore leurs biens à venir, à quelque titre qu'ils les pussent recevoir;

2° Celle d'un genre d'opérations déterminées, telle que la vente des esclaves.

Le droit romain en reconnaissait cependant trois autres espèces:

1° La société de tous gains, ayant pour objet tous les bénéfices qui pouvaient provenir aux associés autrement que par succession ou donation: c'était celle qui était censée convenue entre les parties, quand elles n'avaient rien déterminé (LL. 7, ff. *pro socio;* 71, § 1, *eod.*);

2° La société *unius rei*, ayant pour objet un ou plusieurs objets déterminés, l'achat et la vente d'une cargaison

par exemple (L. 3, § 2; L. 52, § 6, et L. 63, *pr.*, ff. *eod.*);

3° Enfin, la société *vectigalis*, qui avait pour objet la ferme des revenus publics, et suivait des règles particulières.

Quand les parties n'avaient pas fixé les parts de chacun dans la société, pour le gain ou la perte, ces parts étaient égales (L. 29, ff. *pro socio;—Inst.*, *de societ.*, § 1). — Quand cette fixation avait eu lieu, on devait s'y tenir, quoique les parts fussent inégales *(eod.)* et quoique la portion de bénéfices convenue pour l'une d'elles ne fût pas proportionnelle à celle qu'elle devait supporter dans les pertes, qu'il fût même dit que l'une aurait part au bénéfice et ne serait tenue d'aucune perte (texte, *hìc*, et *Instit.*, § 2). — Mais on proscrivait la société *léonine*, c'est-à-dire celle qui aurait exclu l'un des associés de toute participation aux bénéfices (LL. 29, §§ 1-2, et 30, ff. *pro socio*).

§ 150. Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen æquis ex partibus commodum ut incommodum inter eos commune esse, sed si in altero partes expressæ fuerint, velut in lucro, in altero vero omissæ, in eo quoque, quod omissum est, similes partes erunt.

§ 150. Il est certain que le gain et la perte sont communs et supportés également par tous les associés, lorsqu'ils n'ont pas convenu comment ils seraient supportés; mais, lorsqu'on a réglé les parts pour le gain, par exemple, et qu'on n'a rien réglé relativement à la perte, les parts non réglées seront proportionnées à celles qu'on a fixées.

Si l'on ne s'était exprimé que sur la part dans le bénéfice ou dans la perte, la part dans l'intérêt omis était la même (texte, *hìc*; — *Instit.*, § 3).

§ 151. Manet autem societas eousque, donec in eodem sensu perseverant; at quum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur; sed plane si quis in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si mihi totorum bono-

§ 151. La société dure tant que les associés veulent rester associés; mais si l'un d'eux renonce à la société, elle est dissoute; mais s'il a renoncé pour obtenir seul un gain qui lui est offert, comme si mon associé, dans une société de tous biens, renonce à la

rum socius, quum ab aliquo hæres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hæreditatem solus lucrifaciat, cogetur hoc lucrum communicare; si quid vero aliud lucrifecerit, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet; mihi vero quidquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.

société pour recueillir seul une hérédité qui lui est déférée, il sera forcé de mettre ce bénéfice en commun; mais s'il fait quelque autre bénéfice qu'il n'avait pas en vue en renonçant à la société, ce bénéfice lui est déféré à lui seul. Mais tout ce qui m'est acquis après sa renonciation est acquis à moi seul.

§ 152. Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit.

§ 152. La société se dissout aussi par la mort d'un des associés, parce que celui qui fait un contrat de société fait choix d'une personne certaine.

§ 153. Dicitur et capitis deminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis deminutio morti *æquiparare* dicitur; sed si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.

§ 153. On dit que la société se dissout aussi par la diminution de tête, parce que, par une raison tirée du droit civil, la diminution de tête est assimilée à la mort; mais si les associés consentent à demeurer tels, une société nouvelle paraît se former.

§ 154. Item si cujus ex sociis bona publice, aut privatim venierint, solvitur societas; sed h*oc casu* societas de*nuo contrahi potest*, *quia* consensu contrahitur nudo, *juris gentium est; consentire vero* omnes homines naturali ratione *possu*nt.

§ 154. La société se dissout encore lorsque les biens d'un des associés sont vendus pour dettes envers le Trésor public ou pour dettes envers les particuliers; mais, dans ce cas aussi, la société peut être contractée de nouveau, parce qu'elle se forme par le seul consentement et est un contrat du droit des gens; or les hommes peuvent tous consentir d'après le droit naturel.

La société prenait fin :

1° Par la volonté des parties ou de l'une d'elles de ne plus rester en société, sauf, en cas de renonciation frauduleuse, la conséquence prévue par notre texte;

2° Par la mort des associés ou de l'un d'eux : on pouvait cependant convenir qu'au cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec les autres (*Instit.*, § 5, *de societate*);

3° Par la grande et la moyenne diminution de tête;

4° Par la vente pour dettes des biens de l'un des associés;

5° Par la cession de biens que faisait un associé (*Instit.*, § 8);

6° Par la confiscation (*eod.*, § 7);

7° Par la terminaison de l'affaire pour laquelle elle avait été convenue (*ib.*, § 6).

Chaque associé avait contre ses coassociés l'action *pro socio*, afin de les contraindre à effectuer leur apport, de leur faire rendre compte, d'exiger une indemnité pour les dommages résultant de dol ou de faute lourde, d'obtenir la dissolution de la société, enfin de se faire indemniser des pertes par lui subies pour la société (LL. 27, 28, 38, 52, 60, 65 et 74, ff. *pro socio*). — *V.* 2e appendice, à la fin de ce commentaire.

A l'égard des tiers, chaque associé n'avait d'action contre eux que pour les actes qu'il avait passés lui-même avec ces tiers, et réciproquement. Il y avait toutefois exception à cette règle : 1° pour l'associé qui ne pouvait sauvegarder son intérêt qu'en agissant lui-même (LL. 1 et 2, ff. *de instit. act.*) ; 2° pour le tiers contre l'associé qui avait tiré profit de l'opération, ou contre tous, quand celui qui avait traité avec lui était le préposé des autres (L. 14, § 1, ff. *de exercit. act.*; L. 14, § 3, *de instit. act.*, et L. 82, ff. *pro socio*).

Les associés n'étaient responsables les uns envers les autres que de leur faute *lourde* (*infrà*, § 206). — Ils ne pouvaient être tenus en vertu de l'action *pro socio* que *in quantum facere potuerit;* mais celui qui était condamné était noté d'infamie (L. 63, ff. *pro socio;* — texte, com. 4, § 182).

§ 155. Mandatum consistit sive nostra gratia mandemus, sive aliena, *id est sive ut mea* negotia geras, sive ut alterius mandatum *dem tibi; erit inter nos* obligatio, et invicem alter alteri tenebimur *in quantum paret me tibi; atque te* mihi bona fide præstare oportere.

§ 155. Lorsque je vous prie de gérer pour moi ou pour un tiers, c'est-à-dire de gérer mes affaires ou celles d'un autre, c'est un mandat que je vous donne ; il y aura obligation entre nous, et nous serons tenus réciproquement l'un envers l'autre pour tout

ce qu'il apparaîtra que vous me devez fournir, et tout ce que je dois vous fournir de bonne foi.

Le mandat est un contrat par lequel une personne charge une autre personne qui accepte de faire gratuitement quelque chose pour elle.

On distinguait le *mandat général, omnium bonorum*, du *mandat spécial*, *unius rei* (L. 1, § 1, ff. *de proc. et defensor.*). Ce contrat était consensuel et essentiellement *gratuit*, de telle sorte que si un salaire avait été promis, la convention devenait un louage (texte, § 162 ; — *Instit.*, *de mandato*, § 13 ; — L. 1, § 4, ff. *mandati*). — Toutefois il était certains mandats dans lesquels une récompense était donnée ou promise au mandataire, sous le nom d'*honoraires*, sans que pour cela la qualification de mandat fût enlevée à la convention. C'est ce qui arrivait à l'égard des mandats qui n'étaient que l'exercice des professions libérales, telles que celles des philosophes, rhéteurs, médecins, avocats, géomètres. Dans le cas où un honoraire avait été promis, il pouvait être exigé par le mandataire, mais non par une action *mandati* ; il se poursuivait *extra ordinem* devant le magistrat (L. 7, ff. *mandati*, et L. 1, au Code, *de extraord. cognit.*). — L'école de nos économistes français a pris quelquefois plaisir à relever, comme ridicule et vaniteuse, cette prétention de ceux qui exercent une profession libérale de décorer du nom d'honoraires le salaire qu'ils touchent ; toutes ces railleries n'ont pu, toutefois, empêcher une distinction qui est dans la nature des choses, et faire que celui qui a payé la note de son médecin qui lui a sauvé la vie, de son avocat qui a sauvé son honneur ou garanti sa fortune, de son maître qui a formé son âme, se considère comme entièrement quitte envers lui, comme il l'est envers le carrossier dont il a payé les fournitures ou la main-d'œuvre (*V.*, à cet égard, notre commentaire *du mandat*, t. I, n[os] 133 et suiv.).

§ 156. Nam si tua gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum : quod enim tu tua gratia facturus sis, id

§ 156. Car si je vous donne mandat dans votre intérêt seulement, le mandat est inutile ; car ce que vous ferez

ex tua sententia, *non* ex meo mandato facere *videberis; itaque* si otiosam pecuniam domi te h*abere mihi dixeris et* ego te hortatus fuerim, ut eam fenerares, quamvis eam ei mutuam dederis, a quo servare non potueris, non tamen habebis mecum mandati actionem; itaque et si hortatus sim, *ut rem* aliquam emeres, q*uamvis* non expedierit tibi, eam emisse, non tamen *mandati tibi tenebor;* et adeo hæc ita sunt, ut quæratur an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut *Titio* pecuniam *fenerares*. Dicitur aliis non esse similis casus; itaque videtur hunc teneri, qui*a* non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

pour vous-même, vous paraîtrez le faire volontairement, et non en vue d'exécuter mon mandat; si donc vous m'aviez dit que vous aviez chez vous de l'argent dont vous ne vous serviez pas, et que je vous aie conseillé de le prêter à intérêt, vous n'aurez pas contre moi l'action *mandati*, bien que vous ne puissiez le ravoir de celui auquel vous l'aurez donné en *mutuum;* et si je vous ai conseillé d'acheter quelque chose, je ne serai pas tenu envers vous, quoiqu'il ne vous soit pas avantageux de l'avoir acheté; cela est si vrai que c'est une question de savoir si l'on est tenu par l'action de mandat pour avoir mandé à quelqu'un de prêter son argent à Titius. On dit que ce cas n'est pas semblable aux précédents; c'est pourquoi il paraît que celui qui a donné un tel mandat est tenu, parce que vous n'auriez pas prêté à Titius sans mandat.

Aux termes de ce paragraphe, on considérait comme un simple *conseil* le mandat donné dans le seul intérêt du mandataire, comme lorsqu'on donnait à quelqu'un le mandat de placer à intérêt l'argent qu'il avait chez lui, et par suite, si ce quelqu'un faisait un placement désavantageux, il n'avait pas l'action de mandat contre celui qui l'avait conseillé. Mais, lorsqu'on avait donné mandat de placer son argent entre les mains d'un tiers désigné, il en était autrement, par la raison que sans le mandat le placement n'aurait pas été fait. Il est certain qu'on doit restreindre le texte au cas où c'est la désignation du tiers qui a seule amené le placement (*V.* notre Mandat, n°s 11 et suiv.). — On qualifiait d'*intercession* cette espèce de mandat (L. 32, ff. *mandati*).

Le mandat pouvait être donné dans l'intérêt du mandant et du mandataire : prêtez à intérêt votre argent à Titius qui l'emprunte pour mes affaires, par exemple (*Instit., de mandato*, § 2). — Il pouvait intervenir dans l'intérêt d'un tiers seulement, par exemple : gérez les affaires de Titius, rendez-vous caution pour lui (*ib.*, § 3). — Il pouvait avoir en vue l'intérêt du mandant et celui d'autrui; ainsi : rendez-vous caution pour Titius et pour moi (*ib.*, § 4) ; ou l'intérêt du mandataire et d'un tiers; ainsi : prêtez à intérêt à Titius (*ib.*, § 5). Enfin, on pouvait donner mandat dans l'intérêt du mandant, du mandataire et d'un tiers, dans ce cas, par exemple : prêtez à intérêt à Titius pour la gestion de mes affaires, dont il est chargé.

Le mandat pouvait être pur et simple, conditionnel ou à terme (*Instit.*, § 12).

§ 157. Illud *constat*, *si quis* mandet quod contra bonos mores est, non contrahi obligationem : velut si tibi mandem, ut Titio furtum, aut injuriam facias.

§ 157. Il est constant qu'on ne s'oblige pas en mandant à quelqu'un de faire quelque chose de contraire aux bonnes mœurs, comme si je vous mande de commettre un vol envers Titius ou de lui faire une injure.

Le mandant n'avait pas d'action pour forcer le mandataire à remplir le mandat, et par contre le mandataire ne pouvait avoir d'action en indemnité.

§ 158. Item si quis post mortem meam *aliquid mihi* faciendum mandet, inutile mandatum est, quia generaliter placuit, ab hæredis persona obligationem incipere non posse. . . . . .

§ 158. De même, si quelqu'un me donne mandat de faire quelque chose après ma mort, le mandat est inutile, parce qu'on admet généralement qu'une obligation ne peut pas prendre naissance dans la personne de l'héritier.

V. ce qui a été dit ci-dessus, sous le § 109. — Justinien ne maintint pas ce rigorisme (*Inst., de inut. stipul.*, § 13).

§ 159. Sed recte quoque consummatum mandatum, si

§ 159. Un mandat valablement donné finit lorsqu'il est

dum adhuc integra res sit revocatum fuerit, evanescit.

révoqué, les choses étant encore entières.

Le mandat prenait fin :

1° Par la révocation que faisait le mandant;

2° Par la mort du mandant ou du mandataire;

3° Par la renonciation du mandataire;

4° Par la conclusion de l'affaire pour laquelle il avait été donné.

Si la révocation intervenait quand les choses étaient encore entières, c'est-à-dire avant toute exécution, le mandat était censé n'avoir jamais existé (§ 159). — Si la révocation avait lieu après l'exécution commencée, les actes accomplis avaient leur effet (L. 15, ff. *mandati*). On devait notifier au mandataire cette révocation; jusqu'à cette notification, il avait qualité pour agir *(eod.)*.

§ 160. Item si adhuc integro mandato mors alterutrius interveniat, id est vel ejus qui mandarit, vel ejus qui mandatum susceperit, solvitur mandatum; sed utilitatis causa receptum est, *ut* si mortuo eo qui mihi mandaverit, ignorans eum decessisse, exsecutus fuero mandatum, posse me agere mandati actione : alioquin justa et probabilis ignorantia damnum mihi *non* adferret; et huic simile est, quod plerisque placuit, si debitor meus manumisso dispensatori meo per ignorantiam solverit; liberari eum, quum alioquin stricta juris ratione non posset liberari eo, quod alii solvisset, quam cui solvere deberet.

§ 160. Si l'exécution du mandat n'est pas commencée, le mandat est éteint par la mort du mandant, comme par celle du mandataire; mais on a admis, par nécessité, que si j'ai exécuté le mandat parce que j'ignorais la mort du mandant, je pourrai agir par l'action de mandat; du reste, une ignorance fondée seulement sur une juste probabilité ne me serait pas nuisible; on assimile à ce cas celui où mon débiteur payerait à mon affranchi, qui était mon esclave chargé de recevoir, et que le débiteur ne savait pas avoir été affranchi; bien que, d'après le droit strict, il ne pût pas être libéré, parce qu'il a payé à un autre que celui auquel il devait payer, on veut que ce débiteur soit libéré.

La mort du mandant et celle du mandataire mettaient fin au mandat. Mais si le mandataire avait exécuté la procura-

tion, dans l'ignorance de la mort du mandant, il avait l'action de mandat.

Le mandataire était tenu d'accomplir le mandat accepté, à moins que sa renonciation ne permît au mandant de pourvoir à l'opération par lui-même ou par un tiers (*Instit.*, *de mandato*, § 11). — Une nécessité absolue, telle qu'une maladie grave, autorisait aussi le mandataire à renoncer à la procuration en tout état de cause (*eod.*). La ruine du mandant, une inimitié capitale survenue entre lui et le mandataire permettait aussi au mandataire d'y renoncer (L. 23, ff. *mandati*).

Quand l'affaire était terminée, le mandat prenait fin.

§ 161. Quum autem is cui recte mandaverim, egressus fuerit mandatum, ego quidem eatenus cum eo habeo mandati actionem, quatenus mea interest, implesse eum mandatum, si modo implere potuerit : at ille mecum agere non potest; itaque si mandaverim tibi ut verbi gratia fundum mihi sestertiis C emeres, tu sestertiis CL emeris, non habebis mecum mandati actionem, etiamsi tanti velis mihi dare fundum, quanti emendum tibi mandassem : idque maxime Sabino et Cassio placuit; quod si minoris emeris, habebis mecum scilicet actionem, quia qui mandat ut C millibus emeretur, is utique mandare intelligitur, uti minoris si posset emeretur.

§ 161. Mais si mon mandataire a outrepassé mon mandat, j'ai contre lui l'action de mandat jusqu'à concurrence de ce qui m'importe dans l'accomplissement du mandat, pourvu qu'il ait pu l'accomplir; mon mandataire, au contraire, n'a pas d'action contre moi; si donc je vous ai mandé, par exemple, de m'acheter un fonds pour cent sesterces, et que vous l'ayez acheté pour cent cinquante, vous n'aurez pas contre moi l'action de mandat, alors même que vous voudriez me céder le fonds pour le prix que je vous avais fixé dans mon mandat : c'est l'avis de Sabinus et de Cassius. Si vous avez acheté le fonds moins de cent, on vous donne action contre moi, parce que celui qui mande d'acheter pour cent mille donne tacitement mandat d'acheter à meilleur compte, si cela se peut.

Il était de règle que le mandat devait être exécuté dans les termes où il avait été donné. Si le mandataire avait outre-

passé son mandat, il n'avait pas d'action contre le mandant, même dans les conditions qui lui avaient été assignées. — Toutefois, l'opinion contraire avait fini par prévaloir (*Instit.*, § 8).

Le mandant avait toujours action contre le mandataire pour tout ce qui lui importait dans l'exécution du mandat. — Quand le mandataire avait exécuté son mandat à des conditions meilleures que celles qui lui avaient été permises, il avait action dans ces limites; mais il ne pouvait contraindre le mandant à aller au delà.

En contractant pour le compte du mandant, le mandataire agissait toujours en son propre nom. Aussi n'obligeait-il que lui-même ou n'acquérait-il d'obligation qu'à son profit. Quand il acquérait une propriété en vertu de son mandat, elle lui était acquise, et non au mandant, et celui-ci n'avait aucune action contre le vendeur pour se la faire livrer. Il pouvait seulement actionner le mandataire par l'action *mandati*, pour le contraindre à lui retransférer cette chose. De son côté, le mandataire avait l'action contraire *mandati* contre le mandant pour se faire indemniser de ses déboursés ou de ses pertes à l'occasion du mandat.

Il y avait cependant un cas où, d'après le droit civil, le mandataire agissait au nom du mandant : c'était celui du *mandat judiciaire*, qui se constituait solennellement, et dans lequel le mandataire, *cognitor*, représentait son mandant de manière à ce que l'action *judicati* appartenait au mandant (*Fragmenta Vaticana*, § 317).

Le droit prétorien introduisit les actions *quod jussu*, *exercitoire* et *institoire* contre le père ou le maître du fils ou de l'esclave qui avait agi par son ordre ou comme son représentant dans son commerce (*infrà*, IV, §§ 69 et suiv.). — Mais le maître ou le père n'avait pas d'action contre les tiers qui avaient traité avec le fils ou l'esclave.

La jurisprudence étendit ce droit des tiers contre tout mandant, sous le nom d'actions *utiles*, *empti*, *venditi*, *condictionis*, etc., suivant les cas; et elle alla même jusqu'à accorder aussi, par réciprocité, les actions *utiles* au mandant contre les tiers, mais avec difficulté, et quand il y avait pour le mandant danger de perdre (L. 13, § 25, ff. *de action. empti*

et vend.; — L. 31, *de negot. gest.*; — L. 10, § 5, *mand. vel contr.*; — L. 1, § 18, *de exercit. act.*; — LL. 1 et 2, *de inst. act.*, — et L. 5, *de stipul. prætor.*).

Ce que nous venons de dire, relativement à l'étendue des agissements du mandataire sous l'empire du droit civil, ne doit pas nous faire perdre de vue :

1° Qu'une personne pouvait toujours agir *per nuntium* dans les contrats du droit des gens, et se lier par l'entremise de ce messager, comme si elle traitait directement. Mais, en une telle hypothèse, le *nuntius* n'était qu'un porte-paroles qui faisait connaître à la partie avec laquelle on voulait traiter le consentement qu'on donnait à l'opération, sans que le *nuntius* figurât à l'acte et fît aucun agissement personnel : que ce consentement fût donné de vive voix, par lettres ou par messager, le résultat était le même (L. 2, § 2, ff. *de oblig.*);

2° Qu'un mandataire pouvait faire des acquisitions naturelles, celle de la possession, par exemple, pour le compte de son mandant. Les acquisitions du droit civil étaient les seules qui ne pouvaient profiter directement au mandant (V., *suprà*, nos observations sous le § 95 du com. 2).

Relativement à l'appréciation de la responsabilité qui incombait au mandataire, voyez le deuxième appendice, placé à la suite de ce commentaire.

§ 162. In summa sciendum *est*, *quoties faciendum* aliquid gratis dederim, quo nomine si mercedem statuissem locatio et conductio contraheretur, mandati esse actionem : veluti si fulloni polienda curandave vestimenta, aut sarcinatori sarcienda *data sint*.

§ 162. Qu'on sache, en résumé, que, toutes les fois que je donne quelque chose à faire pour rien, ce qui eût formé un louage dans le cas où j'aurais convenu de payer un salaire, il y a lieu à l'action de mandat, comme lorsque j'ai donné un vêtement à un foulon pour le nettoyer ou en prendre soin, ou à un ravaudeur pour l'arranger.

§ 163. Expositis generibus obligationum quæ ex contractu nascuntur, admonendi sumus, acquiri nobis non solum per nosmetipsos, sed

§ 163. Après avoir parlé des diverses obligations qui naissent d'un contrat, nous devons dire que nous les acquérons non-seulement par nous-

etiam per eas personas quæ in nostra potestate, manu, mancipiove sunt.

mêmes, mais encore par les personnes qui sont sous notre puissance, par celles que nous avons *in manu* et par celles qui sont sous notre *mancipium*.

§ 164. Per liberos quoque homines et alienos servos, quos bona fide possidemus, acquiritur nobis : sed tantum ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis, vel ex re nostra acquirant.

§ 164. Nous acquérons également par les hommes libres et les esclaves d'autrui que nous possédons de bonne foi, mais seulement les choses qui leur proviennent de leur industrie ou de notre chose.

§ 165. Per eum quoque servum, in quo usumfructum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis acquiritur.

§ 165. Nous acquérons aussi, par l'esclave que nous avons en usufruit, les choses qui lui proviennent de son industrie ou de notre chose.

§ 166. Sed qui nudum jus quiritium in servo habet, licet dominus sit, minus tamen juris in ea re habere intelligitur, quam usufructuarius et bonæ fidei possessor; nam placet ex nulla causa ei acquiri posse, adeo ut, etsi nominatim ei dari stipulatus fuerit servus, mancipiove nomine ejus acceperit, quidam existiment nihil ei acquiri.

§ 166. Celui qui n'a sur un esclave que le domaine quiritaire, bien qu'il soit le maître de cet esclave, paraît cependant en ceci avoir moins de droits que l'usufruitier et le possesseur de bonne foi; car on a voulu qu'il ne pût acquérir en aucun cas par son esclave, tellement que, quand même celui-ci aurait stipulé au nom de son maître, ou acquis au nom de ce maître par la mancipation, quelques auteurs pensent qu'il n'aurait rien acquis à ce maître.

§ 167. Communem servum pro dominica parte dominis acquirere certum est, excepto eo, quod uni nominatim stipulando, vel mancipando, aut mancipio accipiendo illi soli acquirit, velut quum ita stipuletur : TITIO DOMINO MEO DARI SPONDES? aut quum ita man-

§ 167. Il est certain qu'un esclave commun à plusieurs maîtres acquiert à chacun selon sa part de propriété sur sa personne, excepté le cas où il stipule, mancipe ou reçoit en *mancipium* au nom d'un seul de ses maîtres, cas auquel il acquiert pour lui

cipio accipit : HANC REM EX JURE QUIRITIUM LUCII TITII DOMINI MEI ESSE AIO, EAQUE EI EMPTA ESTO HOC ÆRE ÆNEAQUE LIBRA; illud quæritur an quod domini nomen adjectum efficit, idem faciat unius ex domini jussum intercedens; nostri præceptores perinde ei qui jusserit, soli acquiri existimant, atque si nominatim ei soli stipulatus esset servus, mancipiove accepisset ; diversæ scholæ auctores proinde utrisque acquiri putant, ac si nullius jussum intervenisset.

seul, comme lorsqu'il stipule ainsi : VOUS ENGAGEZ-VOUS A DONNER A TITIUS, MON MAÎTRE ? ou lorsqu'il reçoit ainsi en *mancipium* : JE DIS QUE CETTE CHOSE APPARTIENT, D'APRÈS LE DROIT CIVIL, A MON MAÎTRE LUCIUS TITIUS, ET QU'ELLE A ÉTÉ ACHETÉE POUR LUI AVEC CET AIRAIN ET AU MOYEN DE CETTE BALANCE. On demande si l'ordre donné par l'un des maîtres produirait le même résultat que la stipulation au nom de ce maître. Nos maîtres pensent qu'il en est ainsi ; mais les auteurs de l'école opposée à la nôtre pensent que, dans ce dernier cas, l'esclave acquiert pour tous ses maîtres, comme si aucun d'eux n'avait donné d'ordre à l'esclave.

Pour l'explication des §§ 163-167, il faut se reporter à ce que nous avons dit au com. 2, §§ 86 et suiv., et au com. 1, §§ 52, 55, 110 à 120.

§ 168. Tollitur autem obligatio præcipue solutione ejus quod debeatur; unde quæritur si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso jure liberetur, quod præceptoribus nostris placet, an ipso jure maneat obligatus, sed adversus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diversæ scholæ auctoribus visum est.

§ 168. Les obligations s'éteignent principalement par le payement : c'est pourquoi c'est une question de savoir si un débiteur qui, du consentement de son créancier, paye une chose pour une autre sera libéré d'après le droit civil, opinion adoptée par nos maîtres, ou s'il demeurera obligé, suivant la rigueur du droit, mais pouvant se défendre par l'exception de dol contre le créancier demandeur, opinion professée par les proculéiens.

Les causes extinctives des obligations étaient :

1° Le payement ;
2° L'acceptilation ;
3° La novation ;
4° Le mutuel consentement ;
5° La perte de la chose due ;
6° La confusion ;
7° La loi ;
8° La remise de l'obligation faite par le créancier ;
9° Le pacte de constitut ;
10° La compensation ;
11° La prescription ;
12° Le serment ;
13° La transaction.

Les sept premiers moyens énumérés étaient reconnus par le droit civil, les six derniers par le droit prétorien seulement.

Par *payement* notre auteur entend ici parler de l'accomplissement de l'obligation, en donnant au créancier la satisfaction qui lui était promise (L. 176, ff. *de verbor. signif.*).

Quand l'obligation était de donner une chose déterminée, c'est cette chose même qu'il fallait donner pour éteindre l'obligation ; toutefois, si le créancier consentait à recevoir une autre chose, il y avait aussi extinction de la dette (*Instit.*, *quib. modis tollitur oblig.*, *pr.*).

Le payement pouvait être fait aussi bien par un tiers que par le débiteur, pourvu qu'il fût opéré à la décharge de celui-ci, sauf recours contre lui soit par l'action *mandati* en cas de mandat, soit par l'action *negotiorum gestorum (eod.)*.

Si le créancier refusait de recevoir son payement, le débiteur pouvait se libérer en lui faisant des offres, qu'il faisait suivre d'une consignation au lieu indiqué par l'autorité judiciaire (L. 72, *pr.*, ff. *de solut. et liberat.;* — L. 9, au Code, *de solut. et liber.;* — L. 19, C., *de usuris*). — Si l'obligation était d'une chose autre qu'une somme d'argent, le débiteur n'avait qu'à abandonner la chose après avoir mis le créancier en demeure (LL. 9 et 72, ff. *de sol. et liber.;* — L. 105, *eod., de verb. oblig.*).

Pour être valable, le payement devait être fait de manière

à rendre le créancier propriétaire de la chose payée, toutes les fois qu'il avait contracté dans cette intention, comme dans la vente et dans le *mutuum* (L. 14, § 8, ff. *de solut. et liber.*, et L. 29, *de condict. indeb.*). — Il devait également être fait au créancier capable de recevoir (L. 15, *de solut. et liber.*).

Le mot payement, *solutio*, s'entendait souvent dans un sens plus général que celui que nous venons d'expliquer, car il désignait tous les modes extinctifs d'obligation, soit l'accomplissement de l'engagement pris, soit la libération par l'acceptilation, la novation, voire même par la perte de la chose due. « *Solutionis verbum pertinet*, dit la loi 54, *de solutionibus*, *ad omnem liberationem quoquo modo factam.* »

§ 169. Item per acceptilationem tollitur obligatio : acceptilatio autem est veluti imaginaria solutio ; quod enim ex verborum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris hæc verba me dicere : QUOD EGO TIBI PROMISI, HABESNE ACCEPTUM ? et tu respondeas : HABEO.

§ 169. Les obligations s'éteignent aussi par acceptilation : on entend par acceptilation un payement fictif ; car si vous voulez me faire la remise de ce que je vous dois en vertu d'une stipulation, il suffit que je vous adresse cette question : AVEZ-VOUS REÇU CE QUE JE VOUS AVAIS PROMIS ? et que vous me répondiez : JE L'AI REÇU.

§ 170. Quo genere, ut diximus, *tantum eæ solvuntur obligationes quæ ex verbis consistunt*, non etiam cæteræ; consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi : sed *et* id quod ex alia causa debeatur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem imaginaria solutione *dissolvi*.

§ 170. Cette manière d'éteindre les obligations s'applique, comme nous l'avons dit, exclusivement aux obligations verbales, et non aux autres genres d'obligations ; car il a paru tout simple qu'une obligation verbale pût s'éteindre par d'autres paroles ; mais ce qu'on doit en vertu d'un contrat autre que la stipulation peut aussi être ramené à un contrat verbal et s'éteindre par acceptilation.

L'*acceptilation* était un moyen fictif de payement qu'on réalisait à l'aide d'une formule qui n'était, comme le dit très-bien M. Ortolan, que la contre-partie de la stipulation, et qui

consistait dans une interrogation du débiteur demandant au créancier si ce qui lui avait été promis, il le tenait pour reçu, et dans la réponse affirmative que faisait le créancier.

Ce mode d'extinction s'appliquait exclusivement aux obligations verbales, ainsi que le porte notre texte; mais, comme les parties pouvaient transformer toute espèce d'engagement en obligation verbale au moyen de la novation, rien n'était plus facile que d'employer l'acceptilation comme mode général d'extinction d'une dette.

§ 171. Tamen mulier sine tutore auctore acceptum facere non potest, quum alioquin solvi ei sine tutore possit.

§ 171. Cependant la femme non autorisée par son tuteur ne peut pas libérer son débiteur par acceptilation, quoique, du reste, elle puisse recevoir un payement sans cette autorisation.

V. le § 85 du com. 2.

§ 172. Item quod debetur, pro parte *debitor* recte solvit: an autem in partem acceptum fieri *possit quæsitum est.*

§ 172. Un débiteur peut valablement s'acquitter de sa dette pour partie; mais c'est une question de savoir si on peut déclarer par acceptilation qu'on a reçu partie de la dette.

Justinien décida l'affirmative (*Instit.*, liv. III, tit. XXIX, § 1).

§ 173. *Est* etiam alia species imaginariæ solutionis per æs et libram: quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per æs et libram gestum est, sive quod ex judicis causa debetur.

§ 173. Il existe encore une autre espèce de payement fictif, par l'airain et la balance; cette espèce de payement est reçue dans des cas déterminés, par exemple lorsque quelque chose est dû en vertu d'une mancipation ou par suite d'un jugement.

§ 174. Adhibentur autem non minus quam quinque testes et libripens; deinde is qui liberatur, ita oportet lo-

§ 174. On convoque au moins cinq témoins et un porte-balance; il faut que celui qu'on veut libérer pro-

quatur : QUOD EGO TIBI TOT MILLIBUS EO NOMINE *nexus sum*, *id tibi hoc* ASSE SOLVO LIBEROQUE HOC ÆRE ÆNEAQUE LIBRA : HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAM *porrigo*, DE LEGE *ET* JURE *liberatus;* deinde asse percutit libram eumque dat ei a quo liberatur veluti solvendi causa.

nonce ces paroles : CE DONT JE SUIS OBLIGÉ ENVERS VOUS, JE VOUS LE PAYE ET M'EN LIBÈRE PAR CETTE PIÈCE D'AIRAIN ET AU MOYEN DE CETTE BALANCE, ET, LIBÉRÉ SUIVANT LA LOI ET LE DROIT, JE VOUS PRÉSENTE POUR LA DERNIÈRE FOIS CETTE BALANCE QUE JE VOUS AI D'ABORD PRÉSENTÉE ; puis il frappe la balance avec l'airain qu'il donne, en signe de payement, à celui qui le libère.

§ 175. Similiter legatarius hæredem eodem modo liberat de legato, quod per damnationem relictum est, ut tamen. . . . . esse significat . . . . esse dicat; de eo tamen tantum potest hoc modo liberari quod pondere, numero constet, et ita, si certum sit, quidam et de eo, quod mensura constat, *idem* existimant.

§ 175. Le légataire libère l'héritier de cette manière pour un legs qui lui a été laissé *per damnationem*. . . . *(Illisible.)* Cependant l'héritier ne peut être libéré ainsi que pour des legs consistant en choses qui se pèsent ou se comptent, et si leur quantité est certaine; quelques-uns y ajoutent les choses qui se mesurent.

Une autre espèce de payement fictif existait au temps de Gaïus, applicable aux obligations dues en vertu d'une mancipation ou de la chose jugée, ou enfin d'un legs *per damnationem*. Elle se réalisait au moyen d'une formule *per æs et libram*.

Il est probable que l'obligation *litteris* pouvait aussi s'éteindre par une formule *litteris*. — Le parallélisme complet qui régnait entre ce moyen de contracter et la stipulation ne permet guère de supposer qu'il y avait séparation en ce point, d'autant plus que le contrat *litteris à re in personam* avait pour objet de nover l'obligation résultant d'un autre genre de contrat, par conséquent de libérer un débiteur de son obligation primitive. Qu'une obligation nouvelle se forme ou non, il n'en est pas moins certain que cette libération a lieu ; et je crois qu'on ne contestera pas, en présence de ce que nous

savons des puissants effets de la novation, qu'alors même qu'il manquerait au contrat *litteris* une des conditions essentielles à sa validité, la première obligation ne soit éteinte. Si le contrat *litteris* peut éteindre par novation une obligation, je ne concevrais pas qu'il ne pût pas l'éteindre directement, lorsque l'obligation était primitivement *litteris*.

§ 176. Præterea novatione tollitur obligatio : veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim; nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur, veluti si quod mihi debes a Titio post mortem ejus, vel a muliere pupillove sine tutore auctore stipulatus fuero; quo casu rem amitto, nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est; non idem juris est, si a servo stipulatus fuero; nam tunc proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuissem.

§ 176. Les obligations s'éteignent encore par la novation : comme si je stipule de Titius qu'il me donnera ce que vous me devez, car l'intervention d'une nouvelle personne fait naître une obligation nouvelle et éteint la première, qui passe dans la seconde; tellement que quelquefois, bien que la seconde stipulation soit inutile, la première est néanmoins éteinte par la novation, comme si j'ai stipulé après la mort de Titius ce que vous me devez, ou si j'ai stipulé d'une femme ou d'un pupille non autorisé; dans ce cas, je perds ma chose, car le premier débiteur est libéré, et la seconde obligation est nulle; il n'en est pas ainsi lorsque j'ai stipulé d'un esclave, car le premier obligé est tenu, dans ce cas, comme s'il n'y avait pas eu une seconde stipulation.

La novation consistait dans la transformation, à l'aide d'une stipulation ou d'un contrat *litteris*, d'une obligation préexistante en une nouvelle.

Elle avait lieu soit par la volonté des parties, soit forcément par la *litis contestatio* et la chose jugée.

La novation volontaire exigeait pour produire ses effets : 1° la volonté des contractants d'éteindre une obligation préexistante et d'en créer une nouvelle à sa place; 2° une

stipulation ou un contrat *litteris* intervenu entre eux à cet effet; 3° une obligation valable à éteindre; 4° une obligation nouvelle qui la remplaçait.

Le consentement des parties était nécessaire pour la création de l'obligation nouvelle, comme dans tout contrat; mais, quand la novation s'accomplissait par le changement de débiteur, il n'était pas nécessaire que le débiteur primitif consentît, car il ne pouvait s'opposer à l'extinction de son engagement; il fallait que l'intention des parties d'opérer novation fût certaine: elle ne se présumait pas (*Instit.*, *quibus mod. oblig. tollit.*).

Il ne pouvait y avoir novation qu'autant qu'une obligation existait déjà, au moins naturelle (L. 1, § 1, ff. *de novationib.*).

La novation éteignait l'obligation primitive, alors même que la nouvelle était nulle, pourvu qu'elle fût intervenue entre personnes capables de stipuler (texte, *hic*). Mais il en était autrement dans le cas où un esclave aurait joué le rôle de promettant dans la stipulation ayant pour but de nover, par la raison qu'un esclave ne pouvait figurer à ce titre dans une stipulation (*suprà*, § 104). — Si l'on avait stipulé d'un pupille ou d'une femme, la première obligation était éteinte, et le créancier ne pouvait cependant agir contre le pupille ou la femme (*hic*). — Si c'était la femme ou le pupille qui eussent stipulé, la novation produisait à leur profit une créance nouvelle, sans que l'ancienne fût cependant éteinte. Mais l'action intentée en vertu de la novation ne pouvait être accueillie qu'autant que, devant le juge, il était donné décharge de l'ancienne (L. 9, ff. *de novationib.*).

La novation pouvait se produire de plusieurs manières: soit par le changement de débiteur, lorsqu'un tiers promettait ce que devait Titius, qu'il intervînt à l'insu de Titius ou que ce dernier l'eût délégué (L. 8, § 5, ff. *de novat.*); soit par la substitution d'un nouveau créancier à l'ancien, quand, du consentement de ce dernier, le débiteur s'obligeait envers un autre. Cet ordre du créancier primitif suffisait pour libérer le débiteur envers lui (*suprà*, com. 2, § 38); soit, enfin, par une modification apportée entre le débiteur et le créancier à l'obligation primitive.

§ 177. Sed si eadem persona sit, a qua postea stipu-

§ 177. Mais, lorsqu'on stipule de la même personne, il

ler, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit; forte si conditio, vel sponsor, aut dies adjiciatur, aut *de*trahatur.

y a novation alors seulement qu'on ajoute quelque chose de nouveau à la seconde stipulation, comme une condition, un *sponsor* ou un terme.

Il n'y avait novation, quand les parties restaient les mêmes, qu'autant qu'on ajoutait un terme ou une condition à l'obligation primitive. Et quand la nouvelle obligation était conditionnelle, il n'y avait novation que si la condition s'accomplissait (*Instit.*, *quib. mod.*, § 3). —Cependant l'exception de dol était donnée contre le créancier qui aurait voulu agir avant l'avénement de la condition, en vertu de l'obligation primitive (texte, 179). — Si la première obligation était conditionnelle ou à terme, nul doute qu'une stipulation qui la rendait pure et simple n'opérât novation (*Instit.*, *eod.*, § 3).

Quand notre texte exige quelque chose *de nouveau* dans l'obligation qui intervient en dernier lieu pour qu'il y ait novation, cela ne doit s'entendre que du cas où l'obligation primitive est déjà due en vertu d'une stipulation ou d'un contrat *litteris*, puisque nous avons vu que l'acceptilation produisait novation toutes les fois qu'on s'obligeait *verbis* au payement d'une chose due à un autre titre, et que le contrat *litteris à personâ in personam* produisait le même effet.

§ 178. Sed quod de sponsore dixi, non constat; nam diversæ scholæ auctoribus placuit, nihil ad novationem proficere sponsoris adjectionem aut detract*at*ionem.

§ 178. Ce que j'ai dit du *sponsor* est contesté, car les proculéiens soutiennent que l'intervention ou le retrait d'un *sponsor* ne produit pas novation.

L'intervention d'un *sponsor* était considérée par Gaïus et son école comme entraînant novation. La raison en était sans doute, dans cette circonstance, que, les *sponsores* ne pouvant intervenir qu'au moment où l'obligation principale était contractée, il fallait, si l'on voulait garantir son droit par une telle adjonction, faire un contrat nouveau. Justinien répète cette disposition à l'égard des fidéjusseurs; mais elle n'a plus de raison d'être, ces derniers pouvant intervenir après la formation de l'obligation principale.

§ 179. Quod autem diximus si conditio adjiciatur novationem fieri, sic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si conditio exstiterit : alioquin si defecerit, durat prior obligatio; sed videamus num is qui eo nomine agat, doli mali, aut pacti conventi exceptione possit submoveri; et videtur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis exstiterit conditio. Servius tamen Sulpicius existimavit statim, et pendente conditione, novationem fieri, et si defecerit conditio, ex neutra causa agi posse : eo modo rem perire; qui consequenter et illud respondit : si quis id quod sibi Lucius Titius deberet, a servo fuerit stipulatus, novationem fieri et rem perire, quia cum servo agi non potest; sed in utroque casu alio jure utimur; non magis his casibus novatio fit, quam si id quod tu mihi debeas, a peregrino, cum quo sponsio*nis* communio non est, SPONDES verbo stipulatus sim. . . . .

§ 179. Quand nous avons dit que la condition ajoutée produit novation, nous avons voulu dire qu'il y a novation si la condition s'accomplit; car, si la condition défaille, la première obligation subsiste; mais il faut examiner si celui qui agit dans ce cas peut être repoussé par l'exception de dol ou celle *pacti conventi*. Les parties paraissent avoir convenu que la chose serait demandée si la condition apposée à la seconde stipulation s'accomplissait. Servius Sulpicius a pensé, cependant, que la novation s'opère sur-le-champ, la condition étant encore pendante, et qu'on ne pourra plus exercer aucune action si la condition défaille : dans ce cas, la chose périt; en conséquence, Sulpicius dit que, si quelqu'un a stipulé d'un esclave ce que lui devait Titius, il y a novation, et que la chose périt, parce qu'on ne peut pas agir contre un esclave; mais, dans ces deux cas, nous usons d'un droit différent; il n'y a pas plus novation que si je stipule par le mot *spondes* d'un étranger, avec lequel on ne peut aucunement employer la sponsion, qu'il me donnera ce que vous me devez.

V. nos observations sous le § 177.

§ 180. Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo judicio fuerit actum; nam tunc obligatio

§ 180. Une obligation s'éteint encore par la *litis contestatio*, quand on intente un *judicium legitimum*; car, dès

quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione : sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa judicati teneri, et hoc *est*, quod apud veteres scriptum est : ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem judicatum facere oportere.

lors, l'obligation principale est éteinte, et le défendeur commence à être tenu en vertu de la *litis contestatio;* mais, s'il est condamné, la *litis contestatio* étant écartée, le défendeur commence à être tenu en vertu d'un jugement; c'est pour cela qu'on a écrit autrefois : Avant la *litis contestatio,* il faut que le débiteur paye; après la *litis contestatio*, il faut qu'il soit condamné; après la condamnation, il faut qu'il exécute la sentence.

§ 181. Unde fit, ut si legitimo judicio debitum petiero, postea de eo ipso jure agere non possim, quia inutiliter intendo DARI MIHI OPORTERE, quia litis contestatione dari oportere desiit; aliter atque si imperio continenti judicio egerim : tunc enim nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure postea agere possum; sed debeo per exceptionem rei judicatæ vel in judicium deductæ submoveri; quæ autem *sint* legitima judicia, et quæ imperio contineantur sequenti commentario referemus.

§ 181. Ce qui fait que si j'ai réclamé une dette par un *legitimum judicium*, je perds par cela même la faculté d'agir de nouveau, d'après le droit civil, pour la même dette, parce que je prétendrais en vain QU'ON DOIT ME DONNER, puisque la *litis contestatio* a fait cesser cette obligation; il en est autrement dans les *judicia imperio continentia*, car, dans ce cas, l'obligation subsiste; ce qui fait que je puis agir, par la suite, d'après le droit civil; mais je serai repoussé par l'exception de la chose jugée ou déduite devant le juge. Nous expliquerons, dans le commentaire suivant, ce qu'on entend par *judicium legitimum* et par *judicium imperio continens*.

La *litis contestatio*, autrement dit la fixation de la chose à juger par la délivrance de la formule, transformait le droit primitif du créancier en un droit nouveau, celui de faire

apprécier par le juge l'obligation posée dans la formule. Quand le débat avait lieu en *judicium legitimum*, cette novation éteignait *ipso jure* le droit primitif. — S'il avait lieu en *judicium imperio continens,* la *litis contestatio* ne produisait pas cet effet *ipso facto*, mais elle autorisait le débiteur à repousser par l'exception *rei in judicium deductæ* le demandeur qui aurait voulu recommencer sa demande (*V.* C. 4, §§ 103 et suiv.).

Sous Justinien, la *litis contestatio* n'opérait plus *ipso facto,* mais seulement *exceptionis ope.*

La sentence du juge opérait aussi novation, de telle sorte que c'est en vertu de cette sentence, et non en invoquant le droit qui l'avait provoquée, que le créancier pouvait poursuivre son débiteur (C. 4, §§ 116 et suiv.).

Les contrats que le consentement suffisait à former pouvaient se dissoudre par une volonté contraire. En conséquence, si les choses étaient encore entières, il suffisait aux parties de se départir de leur convention pour que leurs obligations respectives fussent éteintes (*Instit.*, *quib. mod. toll. oblig.*, § 4).

Que si les choses n'étaient plus entières, les parties pouvaient aussi renoncer au bénéfice de leurs droits pour l'avenir, sauf à elles à régler les événements accomplis *ex æquo et bono.* Mais, toutes les fois que l'exécution de tout ou partie de l'engagement de l'un des contractants avait fait passer dans le domaine de l'autre la chose qui faisait l'objet du contrat, il est certain que le consentement seul ne suffisait pas à remettre les choses au même et semblable état qu'avant toute exécution. Ainsi, lorsque, dans la vente, le vendeur avait transféré la propriété de la chose vendue, son obligation ne pouvait disparaître par la volonté seule de l'acheteur, de telle sorte qu'il reprît sa chose en vertu du consentement seul de cet acheteur ; il fallait, en outre, que ce dernier lui retransférât la propriété par les moyens juridiques. De même, lorsque l'acheteur avait payé son prix, il en avait transmis la propriété au vendeur, qui ne pouvait le lui rendre qu'au moyen d'une tradition.

La perte de la chose due, quand elle consistait en un corps certain, éteignait l'obligation de celui qui la devait, alors qu'elle se produisait par cas fortuit, c'est-à-dire sans faute impu-

table à ce débiteur, et avant sa mise en demeure (LL. 23 et 82, ff. *de verbor. oblig.*). Comme les choses qui n'étaient pas des corps certains ne pouvaient périr dans le sens juridique, le débiteur de pareilles choses ne pouvait invoquer leur destruction pour s'exonérer de son obligation (L. 35, §§ 5 et 6, ff. *de contrah. empt.*).

Quand les qualités de créancier et de débiteur se trouvent réunies sur la même tête, il y a *confusion*, et, comme une personne ne peut se poursuivre elle-même, il y a par suite extinction de la dette (L. 71, ff. *de fidejussor. et mand.*). Mais, lorsqu'il y avait plusieurs créanciers, la confusion opérée entre l'un d'eux et le débiteur n'empêchait pas les autres d'agir, soit pour le tout, s'ils étaient créanciers solidaires, soit pour leur part, dans le cas contraire; et s'il y avait plusieurs débiteurs, le même résultat se produisait en sens inverse, c'est-à-dire que la confusion qui s'était opérée entre l'un d'eux et le créancier n'empêchait pas ce dernier de poursuivre les autres pour le tout ou pour partie, suivant les cas (*ibid.*, et L. 19, ff. *de duobus reis constit.*).

La loi était quelquefois une cause extinctive d'obligation. Cela arrivait, notamment en matière de legs, lorsque, avant l'ouverture de son droit, le légataire avait reçu gratuitement la chose qui faisait l'objet du legs. Dans cette hypothèse, l'obligation de l'héritier était éteinte *ipso facto* (*Instit.*, *de legatis*, § 6). — La loi 17, au Digeste, *de oblig. et act.*, généralise ce point en ces termes : « *Omnes debitores qui speciem ex causâ lucrativâ debent, liberantur cùm ea species ex causâ lucrativâ ad creditores pervenisset.* »

Quand le créancier faisait remise au débiteur de son obligation, cette obligation était éteinte *ipso jure* dans certains cas ; dans les contrats de bonne foi, par exemple, où le consentement contraire suffisait pour les rendre non avenus, ou dans l'hypothèse d'une obligation naturelle (L. 27, § 2, ff. *de pactis*, et L. 95, § 4, *eod.*, *de solut.*), ou dans celle de l'action d'injures, ou enfin dans celle de l'action de vol (L. 17, § 1, *de pactis*). — Mais, en général, la remise ne produisait qu'une exception (L. 2, § 1, *eod.*). La remise était *in rem* ou *in personam* (L. 7, § 8, *eod.*). Elle était *in rem* lorsque le créancier s'engageait purement et simplement à ne pas

demander l'exécution de sa créance (*eod.*), et elle profitait alors à ses héritiers et à ses coobligés (LL. 21 et 17, § 5 ; — L. 57, § 1, *eod.*). Elle était *in personam* lorsqu'elle ne devait profiter qu'au débiteur auquel elle était accordée (*eod.*, L. 7, § 8).

Le pacte de *constitut* était celui qui intervenait entre un créancier et son débiteur, et par lequel celui-ci s'engageait à payer *à jour fixe* une chose fongible pour tenir lieu de son obligation primitive. C'était, comme on le voit, une novation en dehors de la forme *ex stipulatu*, introduite par le droit prétorien. Elle procurait au débiteur une exception, dans le cas où son créancier l'actionnait en vertu de sa créance primitive (L. 21, § 1 ; — L. 1, § 5 ; — L. 3, *pr.* ; — LL. 4 et 25, *pr.*, ff. *de constit. pecuniâ*). — L'utilité de ce pacte se conçoit, si on suppose qu'une modification était apportée à l'obligation première.— Et comme une telle convention pouvait intervenir entre un tiers autre que le débiteur et le créancier, ce dernier avait l'avantage d'obtenir, par un simple pacte, un codébiteur adjoint au premier (L. 28, ff. *eod.*).

Au surplus, le pacte de constitut tirait son origine du droit civil, qui donnait une action, dite *receptitia*, contre l'*argentarius* (banquier) qui s'était engagé par simple promesse, sans stipulation ni contrat *litteris*, à payer pour le compte d'un client, à un jour déterminé, une somme d'argent (*Instit.*, *de act.*, §§ 8 et 9). — *V.* ce que nous disons au com. 4 sur les actions civiles et sur les actions prétoriennes.

La *compensation* était la déduction que faisait le juge, sur le montant de la demande, de ce que le demandeur devait, de son côté, au défendeur.—Le juge qui avait mission de statuer dans les actions de bonne foi était tenu de prendre l'équité pour base de sa décision ; il devait, en conséquence, ne condamner le défendeur qu'au montant de ce qu'il restait devoir, déduction faite de ce que le demandeur lui devait de son côté, car il y aurait eu injustice à accorder l'intégralité de la créance sans tenir compte de la dette réciproque qui en diminuait le *quantum*. Dans l'origine, la compensation ne pouvait être faite par le juge qu'autant que les deux dettes et les deux créances provenaient du même contrat, *ex eâdem causâ ;* d'où il suit qu'elle n'était pas possible dans les contrats de droit strict, qui ne produisaient pas d'obligations des deux côtés.

Aussi le défendeur poursuivi par une action *stricti juris* devait-il être condamné pour la totalité de sa dette, sauf à intenter, de son côté, une action contre son adversaire pour obtenir ce qui lui était dû par ce dernier *ex aliâ causâ*. Mais, sous Marc-Aurèle, on considéra comme un dol de la part du demandeur le refus de tenir compte d'une semblable compensation, et l'on accorda l'exception de dol pour repousser la prétention du demandeur qui n'avait pas déduit ce qu'il devait lui-même *ex aliâ causâ*. Dès lors, et par la force des choses, la compensation, qui s'opérait *ipso jure* dans les actions de bonne foi, ne fut plus restreinte aux obligations provenant *ex eâdem causâ* (L. 1, ff. *de compens.*; — Gaïus, C. 4, § 61; — *Inst.*, *de action.*, §§ 30 et 39; — Janus à Costa, *ad* § 39, h. tit.; — Schulting, *ad Paul.*, II, sent. 5, § 3).

La compensation que le juge faisait de lui-même dans les actions de bonne foi permettait au demandeur de recevoir l'excédant de sa créance sur sa dette, tandis que l'exception de dol, au moyen de laquelle le défendeur l'opposait dans les actions de droit strict, avait pour résultat de le faire absoudre complétement et de faire perdre absolument le droit du demandeur. Ce dernier ne pouvait échapper à un tel résultat qu'au moyen d'une *præscriptio* qu'il devait prendre soin de faire insérer en tête de la formule (V. *infrà*, C. 4, §§ 61 et suiv.).

Le droit romain antérieur à Justinien n'exigeait pas, comme notre droit, que les créances et les dettes réciproques fussent liquides pour pouvoir être compensées ; il suffisait que le juge les eût liquidées. Or, dans ce système, les condamnations civiles étant toutes pécuniaires, cette liquidation était toujours possible; c'est ce qui nous explique comment, dans les contrats synallagmatiques qui produisaient des obligations portant sur des objets de nature différente, la compensation était cependant possible.

Justinien voulut que dans toute action, réelle ou personnelle, *stricti juris* ou *bonæ fidei*, sauf l'action de dépôt, la compensation s'opérât *ipso jure*, c'est-à-dire pût être ordonnée par le juge, sans qu'une exception fût nécessaire. Mais il exigea que les deux dettes fussent liquides (*Instit.*, *de action.*, § 30; — L. 14, § 1, C., *de compensat.*).

Avant Justinien, et même antérieurement au règne de Marc-Aurèle, les *argentarii* (banquiers) étaient tenus de restreindre leur demande au reliquat du solde de leur débiteur, à peine de déchéance pour plus-pétition. Cette déchéance aurait été encourue par eux par cela seul qu'ils auraient omis de borner leur prétention au reliquat, et sans qu'il fût nécessaire d'invoquer contre eux l'exception *doli* ou de compensation. Ainsi l'argentier auquel son débiteur devait vingt mille et qui devait, de son côté, dix mille à ce dernier, faisait rédiger l'*intentio* de la formule en ces termes : « SI PARET TITIUM SIBI X MILLIA DARE OPORTERE AMPLIUS, QUAM IPSE TITIO DEBET ; » c'est-à-dire qu'il établissait lui-même la compensation entre sa dette et sa créance (texte, C. 4, § 64).

Gaïus oppose la compensation, à laquelle l'argentier était soumis, à la *deductio* qu'on obligeait le *bonorum emptor* à faire. La compensation différait de la déduction en ce que, dans la première, on ne faisait entrer que des dettes de même genre et de même nature, tandis que dans la seconde étaient comprises des choses qui n'étaient pas de même genre. Ainsi l'*emptor bonorum* créancier d'une somme d'argent et débiteur d'une quantité de blé ou de vin ne devait agir que pour le reliquat, déduction faite de la valeur de ce blé ou de ce vin. On comprenait aussi dans la *deductio* ce qui était dû à terme; dans la compensation, au contraire, on ne faisait entrer que les dettes exigibles. En outre, la compensation était placée dans l'*intentio* (d'où cette conséquence que la *plus-petitio* était à craindre pour l'argentier), à la différence de la *deductio*, qui était comprise dans la *condemnatio*, qu'elle rendait incertaine.

La *prescription* est un moyen d'éteindre les actions par cela seul que le créancier est resté un certain laps de temps sans les exercer. — En règle générale, les actions du droit civil avaient une durée illimitée (*Instit.*, *de perpetuis et tempor. act.*, *præm.*). Il y avait exception relativement à l'action contre les *sponsores* et les *fidepromissores*, qui était limitée à deux ans (texte, *suprà*, § 121); à l'égard de l'action *de lege Julià repetundarum*, qui ne pouvait durer qu'un an contre les héritiers (L. 35, *pr.*, ff. *de oblig. et action.*), et quant à l'action de l'adstipulateur, qui ne passait pas à ses héritiers (*suprà*, § 114). — Dans le Bas-Empire, la perpétuité des actions civiles fut

remplacée par une durée de trente ans, sauf quelques cas exceptionnels, notamment celui de l'action hypothécaire, dont la durée fut fixée à quarante ans (LL. 3 et 4, au Code, *de præscrip.* XXX *vel* XL *annor.*).

Les actions prétoriennes étaient généralement temporaires, et leur durée était fixée à un an (L. 35, ff. *de oblig. et act.* — V. *infrà,* C. 4, §§ 110 et 111). Remarquons que la prescription n'opérait que sous forme d'exception (L. 5, § 6, ff. *de doli mali except.*, et L. 5, au Code, *de except. seu præscript.*).

Le serment était aussi un moyen d'éteindre les obligations. Ainsi, lorsque, actionné par un demandeur, on opposait qu'on avait déjà prêté extrajudiciairement le serment de ne rien devoir à ce demandeur, on pouvait faire insérer dans la formule l'exception de serment prêté (L. 2, ff. *de jurejurando*). Il arrivait quelquefois que le magistrat refusait une nouvelle action : c'était lorsque les parties convenaient qu'il y avait eu serment prêté; dans le cas contraire, l'action était assortie de l'exception (L. 9, *eod.*— *V.* C. 4, §§ 115 et suiv.).

Transiger, c'est renoncer respectivement, entre parties, à un droit contesté (L. 1, ff. *de transact.*). — Quand deux personnes abandonnaient l'une à l'autre tout ou partie de leurs prétentions, elles éteignaient les obligations au sujet desquelles l'accord intervenait.

Aucune forme n'était exigée pour les transactions; elles pouvaient même être verbales (L. 2, ff. *de transact.*;—LL. 5, et 28, C., *eod.*).

Quand la transaction avait été faite au moyen de la stipulation Aquilienne, elle éteignait l'ancienne action *ipso jure* (L. 15, C., *de transact.*).— Lorsqu'on avait transigé par simple pacte, celle des parties qui, au mépris de la transaction, agissait en vertu de son ancienne prétention, était repoussée par l'exception tirée de la convention (L. 9, C., *eod.*).

On joignait ordinairement à la transaction une stipulation pénale dont on pouvait, en cas d'inexécution du pacte, demander l'exécution (L. 15, ff. *de transact.*, et L. 37, C., *eod.*).

Dans un cas, on pouvait demander l'exécution de la transaction et de la clause pénale : c'était celui où la clause *rato manente pacto* avait été insérée dans la stipulation portant transaction (LL. 16 et 17, C., *eod.*).

Lorsque, dans une transaction, on avait stipulé qu'il vous serait donné quelque chose, ou lorsque, sans qu'il fût intervenu de stipulation, on avait donné ou fait soi-même quelque chose en vertu de la transaction, on avait, dans le premier cas, l'action *ex stipulatu*, dans le second l'action *præscriptis verbis*, pour obtenir la chose stipulée ou due en vertu de la transaction (L. 6, au Code, *de transact.*).

S'il n'y avait eu ni stipulation, ni dation, celui auquel on avait promis par simple pacte pouvait exercer son ancienne action, au cas de non-exécution de la transaction par son adversaire, et si celui-ci invoquait la transaction, le demandeur pouvait répliquer par l'exception de dol ou par une exception *in factum* tirée de la mauvaise foi, et contraindre son adversaire à l'exécution de la transaction (L. 28, C., *de transact.*).

Toute transaction était restreinte aux choses sur lesquelles les parties avaient voulu transiger (L. 9, § 1, ff. *de transact.*). Les transactions avaient la même autorité que la chose jugée (L. 20, C., *de transact.*).

On n'en pouvait demander la rescision sous prétexte de titres recouvrés depuis, à moins qu'on ne prouvât qu'ils avaient été soustraits par l'adversaire (L. 19, *eod.*).

On pouvait demander la rescision d'une transaction basée sur des titres faux (L. 42, *eod.*), ou arrachée par violence (L. 13, *eod.*), ou obtenue par dol (L. 9, § 2, ff. *de transact.*).

Les transactions *sur aliments* furent déclarées nulles par Marc-Aurèle, à moins qu'elles n'eussent été autorisées par le préteur (L. 8, *eod.*).

On notait d'infamie et on privait des avantages qui résultaient pour eux de la convention, ceux qui violaient les transactions qu'ils avaient souscrites et confirmées par serment (L. 41, au Code, *de transact.*).

§ 182. Transeamus nunc ad obligationes quæ ex delicto oriuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, injuriam commiserit : quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, quum ex contractu

§ 182. Passons maintenant aux obligations qui naissent des délits, comme du vol, du rapt, du dommage, de l'injure : tous ces méfaits donnent naissance à des obligations d'un seul genre, au lieu que les obligations qui nais-

obligationes in IV genera deducantur, sicut supra exposuimus.

sent des contrats sont de quatre espèces, comme nous l'avons exposé plus haut.

On appelait *délit* tout fait *illicite* et *nuisible* rangé par l'ancien droit civil dans la catégorie des délits. Ainsi il était des faits commis avec intention de nuire qui n'étaient pas considérés comme délits : tel était le fait du juge qui faisait malicieusement le procès sien (*infrà*, premier appendice, à la suite de ce commentaire), et, réciproquement, certains faits commis sans intention de nuire étaient appelés délits : tel était le cas de dommage par imprudence, prévu par la loi Aquilia (texte, §§ 210 et suiv.).

On distinguait les délits *publics* des délits *privés* : les premiers étaient ceux dont la poursuite appartenait à tous, et qui étaient jugés sous la présidence du préteur ; les seconds étaient ceux qui ne pouvaient être poursuivis que par la personne lésée et devant un juge ordinaire (L. 1, ff. *de publ. judic.*, et *Inst.*, même titre, *pr.*). — *V.*, sur la procédure criminelle des Romains, Etienne, *Précis historique* placé à la suite du t. II de ses *Institutes*. — Nous n'avons à nous occuper que de ces derniers.

Les délits privés donnaient lieu à deux actions : l'une *pénale*, ayant simplement pour objet le châtiment ; l'autre *civile*, ayant pour but l'indemnité du préjudice causé (texte, §§ 189 à 191, 209, 210 à 219, 224, et C. 4, § 4 ; — *Instit.*, *de obligat. quæ ex delicto nascunt.*, § 19). Le propriétaire lésé avait, en outre, dans certains cas, le droit d'agir par action réelle (C. 4, *eod.*).

Notre texte énumère parmi les délits privés le vol, le rapt, le dommage et l'injure. Il faut y joindre : 1° le fait d'avoir employé dans la construction d'un édifice des matériaux volés ou, dans l'élevage des vignes, des perches ou des échalas également volés : ce fait donnait lieu à l'action pénale au double, dite *de tigno juncto*, contre celui qui avait ainsi employé des matériaux ou des échalas, qu'il fût de bonne ou de mauvaise foi, sans préjudice de l'action *ad exhibendum* contre celui qui était de mauvaise foi, et même de la revendication (LL. 1 et 2, ff. *de tigno juncto*, et Pothier, *Pandectes*, sur ce titre) ;

2° Le fait d'avoir coupé, écorcé ou scié furtivement des arbres, ou de les avoir fait couper, écorcer ou scier. Cette action entraînait la peine du double (LL. 1 et 7, § 7, ff. *arborum*

furtim cæsarum), sans préjudice de l'action de vol contre le délinquant (L. 2, *eod.*) ;

3° Le fait d'avoir corrompu ou tenté de corrompre un esclave pour lui faire commettre un méfait, le pousser à fuir, à se révolter contre son maître ou à se livrer à la débauche (L. 1, ff. *de servo corrupto*, et *Instit.*, *de oblig. quæ ex delict. nascunt.*, § 8, et *de act.*, § 23). — Il entraînait la peine du double du dommage causé ou tenté (*eod.*), sans préjudice de l'action de vol, dans le cas où la corruption avait pour objet de faire commettre un vol (*Instit.*, *de oblig. quæ ex delicto*, *eod.*) ;

4° L'action d'avoir malicieusement causé du dommage dans une foule (L. 4, *pr.*, ff. *vi bonor. rapt. et de turbâ*). La peine était celle du double quand on agissait dans l'année, et du simple après l'année (*eod.*, §§ 7 et 8) ;

5° Le fait d'avoir malicieusement ravi, reçu par dol ou dommage quelque chose dans un incendie, une ruine, un naufrage (L. 1, *pr.*, ff. *de incendio*, *ruinâ*, etc.). Ce fait donnait lieu à l'action privée du quadruple dans l'année, et du simple après l'année, sans préjudice de l'action publique (*eod.*, § 1). — Celui qui avait éprouvé le préjudice avait, en outre, l'action en revendication ou la condiction, suivant les cas (argum. du § 26, L. 1, ff. *vi bonorum rapt.*). Il pouvait aussi, suivant les hypothèses, agir par l'action de vol ou par l'action *vi bonorum raptorum*, s'il y avait vol ou violence (LL. 3 et 5, *de incendio*, etc., *eod.*) ;

6° Enfin, le fait d'avoir obtenu quelque chose par violence ou d'en avoir profité sciemment, et même de bonne foi (L. 9, ff. *quod metus causa*, et L. 14, § 3, *eod.*). — Il en résultait une action au quadruple pour le spolié, sauf à l'auteur de la violence ou à celui qui en avait profité la faculté d'échapper à cette pénalité en renonçant à la chose (*Instit.*, *de act.*, § 27).

§ 183. Furtorum autem genera Servius Sulpicius et Masurius Sabinus IV esse dixerunt, manifestum et non manifestum, conceptum et oblatum : Labeo duo, manifestum, nec manifestum ;

§ 183. Servius Sulpicius et Masurius Sabinus ont distingué quatre espèces de vol : le vol manifeste, le vol non manifeste, le vol *conceptum* et le vol *oblatum*. Labéon n'en reconnaît que deux es-

nam conceptum et oblatum species potius actionis esse furto cohærentes, quam genera furtorum; quod sane verius videtur, sicut inferius apparebit.

pèces : le vol manifeste et le vol non manifeste; car les vols *conceptum* et *oblatum* sont plutôt des espèces d'actions propres au vol que des genres de vols ; cette opinion est préférable, comme il apparaîtra plus bas.

Le vol était la soustraction frauduleuse, avec intention d'en tirer profit, d'une chose, de son usage ou de sa possession (*Instit.*, *de oblig. quæ ex delicto*, § 1).

Les choses mobilières seules pouvaient être volées (Gaïus, com. 2, § 51). — On pouvait voler sa propre chose comme celle d'autrui (*Instit.*, *loc. cit.*, § 6, et texte, *hic*, § 200).

Le vol était manifeste ou non manifeste, suivant les explications ci-dessous de notre texte.

§ 184. Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit deprehenditur; alii vero ulterius, quod eo loco deprehenditur, ubi fit : velut si in oliveto olivarum, in vineto uvarum furtum factum est, quandiu in eo oliveto, aut vineto fur sit; aut si in domo furtum factum sit, quandiu in domo fur sit; alii adhuc ulterius.... manifestum furtum esse dixerunt, donec perferret eo quo perferre fur destinasset; alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens visus fuerit; quæ sententia non obtinuit; sed et illorum sententia, qui existimaverunt, donec perferret eo quo fur destinasset, deprehensum fur*tum manifestum esse, sane quidem habebat aliquam speciem, sed sine* dubitatione vitiosa dicta *est, quum* etiam plurium die-

§ 184. Quelques-uns ont prétendu que le vol est manifeste lorsqu'il est découvert au moment où il est commis; d'autres, allant plus loin, lorsqu'il est découvert dans le lieu où il s'est commis, comme si le vol a eu lieu dans un jardin d'oliviers ou dans une vigne, tant que le voleur est dans le jardin ou la vigne; ou, si le vol a eu lieu dans une maison, tant que le voleur est dans la maison; d'autres, allant encore plus loin, disent qu'il y a vol manifeste si le voleur est pris emportant la chose au lieu où il voulait la placer; d'autres, allant plus loin encore, tant que le voleur est vu tenant la chose; ce dernier avis n'a pas prévalu : l'opinion de ceux qui pensent que le vol est manifeste s'il a été découvert avant que le voleur eût déposé la chose

rum spatio id terminandum sit; quod eo pertinet, quia sæpe in aliis civitatibus subreptas res in alias civitates vel in alias provincias destinat fur perferre; ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra approbatur : magis tamen plerique posteriorem probant.

volée où il voulait la laisser avait sans doute quelque valeur, mais était vicieuse au fond, puisque, après un espace de plusieurs jours, on déterminait ce vol; car souvent un voleur a dessein de transporter ce qu'il a pris dans une ville, dans une autre ville ou dans les provinces. Les deux premières opinions sont approuvées, mais la seconde est plus généralement admise.

L'article 41 de notre Code d'instruction criminelle dispose qu'il y a *flagrant délit* quand le prévenu est trouvé nanti des pièces à conviction dans un temps *voisin* du délit.

§ 185. Nec manifestum furtum quod sit ex iis quæ diximus intelligitur; nam quod manifestum non est, id nec manifestum est.

§ 185. D'après ce que nous avons dit, on comprend ce qu'on entend par vol non manifeste; car ce qui n'est pas manifeste est non manifeste.

§ 186. Conceptum furtum dicitur, quum apud aliquem testibus præsentibus furtiva res quæsita et inventa est; nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quæ appellatur concepti.

§ 186. On dit que le vol est *conceptum* (*trouvé*) lorsque, en présence de témoins, on a cherché et trouvé chez quelqu'un une chose volée; car on a donné une action particulière contre ce quelqu'un, quoiqu'il ne soit pas le voleur, action qui s'appelle *concepti*.

L'action *concepti* était donnée contre le recéleur chez lequel la chose volée était trouvée, alors même qu'il ne l'avait pas prise lui-même. On verra, sous le § 193, que la loi des Douze Tables avait établi un mode solennel de recherche dont le succès entraînait contre le recéleur qui s'était opposé à la perquisition la peine portée contre le voleur manifeste (§ 194). — On verra aussi, sous le § 191, que si la recherche avait été faite du consentement du recéleur, cette loi n'avait

établi contre lui que la peine du triple, conservée par le préteur. Dans cette hypothèse, la recherche était faite sans solennité. — Si la chose avait été trouvée accidentellement chez le recéleur, il n'était soumis qu'à la peine du triple.

§ 187. Oblatum furtum dicitur, quum res furtiva tibi ab aliquo oblata sit, eaque apud te concepta sit, utique si ea mente data tibi fuerit, ut apud te potius, quam apud eum qui dederit, conciperetur; nam tibi apud quem concepta est, propria adversus eum qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, *quæ* appellatur oblati.

§ 187. Le vol est dit vol *oblatum* (*offert*) lorsqu'une chose volée vous a été offerte par quelqu'un, et qu'elle a été trouvée chez vous, pourvu qu'on vous l'ait remise dans le dessein qu'elle fût trouvée chez vous plutôt que chez le déposant, car on a créé une action particulière, dite *oblati*, qui vous est donnée, à vous chez lequel la chose a été trouvée, contre celui qui vous l'a offerte, quoiqu'il ne soit pas le voleur.

L'action *furti oblati* donnée contre celui qui avait mis chez un tiers une chose volée, avec l'intention qu'elle y fût trouvée, était du triple, d'après la loi des Douze Tables et d'après le préteur (§ 191).

§ 188. Est et prohibiti furti adversus eum qui furtum quærere volentem prohibuerit.

§ 188. Il y a une action dite *furti prohibiti* contre celui qui s'est opposé à la recherche d'une chose volée.

On donnait l'action au quadruple contre celui qui s'était opposé à la recherche d'un objet volé, lorsque, d'ailleurs, cet objet avait été retrouvé au lieu où il voulait empêcher qu'elle fût faite (§ 192). — C'était le préteur qui avait introduit cette action (*eod.*).

§ 189. Pœna manifesti furti ex lege XII Tabularum capitalis erat; nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adjudicati loco

§ 189. La peine du vol manifeste était capitale, d'après la loi des Douze Tables; car un homme libre, après avoir été frappé de verges, était adjugé à celui auquel il avait volé la chose; les anciens de-

constitueretur, veteres quærebant; in eum autem qui verberatus . . . . postea improbata est asperitas pœnæ, et tam ex servi persona, quam ex liberi quadrupli actio prætoris edicto constituta est.

mandaient si cette addiction le rendait esclave ou le plaçait au rang des personnes adjugées; plus tard, on blâma la rigueur du châtiment qui atteignait le voleur, et l'édit du préteur donne une action au quadruple contre le voleur libre ou esclave.

C'était l'homme libre seulement qui était passible de la peine prévue par ce paragraphe, entraînant un véritable esclavage, suivant une certaine opinion, et se résumant, suivant d'autres, en une *addictio* dont nous avons fait connaître la portée sous le § 27 du commentaire 2 (*V.* C. 4, §§ 21 et 22). — Quant à l'esclave auteur d'un vol manifeste, il était puni de mort (Aulu-Gelle, *Nuits att.*, liv. XI, ch. XVIII). Le préteur substitua à l'*addictio* et à la peine de mort l'action du quadruple, qui fut maintenue par Justinien (*Inst., de act. quæ ex delict.*, § 5).

§ 190. Nec manifesti furti pœna per legem XII Tabularum dupli inrogatur, quam etiam prætor conservat.

§ 190. La loi des Douze Tables a établi la peine du double contre le voleur non manifeste, peine conservée par le préteur.

Justinien conserva cette pénalité (*Instit., eod.*).

§ 191. Concepti et oblati pœna ex lege XII Tabularum tripli est; quæ similiter a prætore servatur.

§ 191. La loi des Douze Tables a établi la peine du triple au sujet du vol *conceptum* et du vol offert, peine conservée également par le préteur.

§ 192. Prohibiti actio quadrupli ex edicto prætoris introducta; lex autem eo nomine nullam pœnam constituit; hoc solum præcepit, ut qui quærere velit nudus quærat, linteo cinctus, lancem habens; qui si quid invenerit, jubet id lex furtum manifestum esse.

§ 192. L'action *prohibiti*, introduite par l'édit du préteur, est du quadruple; mais la loi n'a établi aucune peine dans ce cas; elle a seulement dit : Que celui qui veut chercher se mette à nu, entouré d'une toile, portant un plat, et cherche ainsi. S'il trouve la chose volée, la loi dit que le vol est manifeste.

Justinien nous apprend que les actions *furti concepti*, *furti oblati*, *furti prohibiti* et *furti non prohibiti*, étaient tombées en désuétude (*de oblig. quæ ex delicto nascuntur*, § 4). — Il ne laissa subsister que les actions *furti manifesti* et *furti non manifesti*, suivant les cas (*eod.*).

§ 193. Quid sit autem linteum, quæsitum est; sed verius est, consuti genus esse, quo necessariæ partes tegerentur; quare lex tota ridicula est; nam qui vestitum quærere prohibet, is et nudum quærere prohibiturus est eo magis, quod ita quæsita re inventa majore pœnæ subjiciatur; deinde quod lancem sive ideo haberi jubeat, ut manibus occupantis nihil subjiciatur, sive ideo, ut quod invenerit ibi imponat, neutrum eorum procedit, si id quod quæratur ejus magnitudinis aut naturæ sit, ut neque subjici, neque ibi imponi possit; certe non dubitatur, cujuscunque materiæ sit ea lanx, satis legi fieri.

§ 193. On demande ce qu'est ce tissu. La vérité est que c'est une espèce de trame pour cacher les parties génitales. C'est là ce qui rend toute cette loi ridicule; car celui qui défend qu'un homme vêtu fasse la recherche s'opposera bien plus à ce qu'on cherche nu, puisque, la chose étant trouvée dans ces circonstances, il est passible d'une peine plus rigoureuse, et ensuite parce que, la loi ordonnant d'avoir un plat, soit pour que celui qui cherche n'ait rien autre dans ses mains, soit pour qu'il mette dans le plat ce qu'il trouvera, aucun de ces motifs n'est justifié, si ce qu'on cherche est d'une dimension ou d'une nature telle qu'on ne le puisse ni tenir dans les mains ni mettre dans le plat: quelle que soit la matière avec laquelle le plat est fait, il est certain qu'on a satisfait à la loi.

Notre auteur taxe avec raison la loi de ridicule. — Paul, *Sent.*, liv. II, §§ 22 et 23, indique que le plaignant devait, avant de chercher, dire ce qu'il demandait, désigner le nom et l'espèce de la chose qu'il réclamait.—S'il avait causé quelque dommage à tort, il était tenu en vertu de la loi Aquilia.

§ 194. Propter hoc tamen, quod lex ex ea causa mani-

§ 194. De ce que la loi dit, dans ce cas, qu'il y a vol ma-

festum furtum esse jubet, sunt qui scribunt, furtum manifestum aut lege, aut natura *intelligi :* lege, id ipsum de quo loquimur; natura, illud de quo superius exposuimus; sed verius est, natura tantum manifestum furtum intelligi; neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit, non magis, *ut* qui omnino fur non sit, et qui adulter aut homicida non sit, adulter vel homicida sit; at illud sane lex facere potest, ut perinde aliquis pœna teneatur atque si furtum, vel adulterium, vel homicidium admisisset, quamvis nihil eorum admiserit.

nifeste, des auteurs ont écrit que le vol manifeste est tel de sa nature ou d'après la loi: d'après la loi, pour le cas dont nous parlons; par sa nature, dans les cas exposés plus haut. Mais il est plus vrai de dire que le vol est manifeste seulement par sa nature, car la loi ne peut pas faire que le voleur non manifeste soit voleur manifeste, pas plus qu'elle ne peut faire que celui qui n'a jamais volé soit un voleur, et que celui qui n'est ni adultère ni homicide soit adultère ou homicide; mais la loi peut établir que quelqu'un sera puni comme s'il avait commis un vol, un adultère ou un homicide, quoiqu'il ne les ait pas commis.

Justinien ne distingue plus entre le vol manifeste par sa nature et celui qui l'est d'après la loi.

§ 195. Furtum autem fit non solum quum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter quum quis rem alienam invito domino contrectat.

§ 195. On commet un vol, non-seulement lorsqu'on détourne une chose à autrui, afin de la prendre, mais en général toutes les fois que, malgré le propriétaire, on la déplace.

§ 196. Itaque si quis re quæ apud eum deposita sit, utatur, furtum committit; et si quis utendam rem acceperit, eamque in alium usum transtulerit, furti obligatur : veluti si quis argentum utendum acceperit, *quod* quasi amicos ad cœnam invitaturus rogaverit, et id peregre secum

§ 196. Si donc quelqu'un, chez lequel on a déposé une chose, se sert de cette chose, il commet un vol; et, si quelqu'un a reçu une chose pour s'en servir à un usage déterminé, il est tenu par l'action de vol, s'il l'emploie à tout autre usage : par exemple, si quelqu'un qui a reçu de l'ar-

tulerit : aut si quis equum gestandi gratia commodatum longius secum aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo qui in aciem perduxisset.

genterie pour son usage et pour inviter ses amis à un repas, la transporte en voyage, ou si on a reçu en commodat un cheval pour s'en servir, et qu'on le fasse aller plus loin qu'on n'en était convenu, on commet un vol; c'est à celui qui avait conduit le cheval à l'armée que les anciens appliquaient ce cas.

§ 197. Placuit tamen eos qui rebus commodatis aliter uterentur quam utendas accepissent, ita furtum committere, si intelligant id se invito domino facere, eumque si intellexisset non permissurum : et si permissurum crederent, extra furti crimen videri : optima sane distinctione, quia furtum sine dolo malo non committitur.

§ 197. On a voulu, cependant, que ceux qui usent des choses données en commodat autrement qu'ils ne doivent le faire ne commettent un vol que lorsqu'ils n'ignorent pas qu'ils agissent malgré le propriétaire, et comprennent que le propriétaire ne le permettrait pas, s'il savait quel usage on veut faire de sa chose; s'ils croient, au contraire, que le maître tolérerait cet usage, il n'y a pas vol: distinction très-bonne, car un vol ne peut se commettre sans intention.

Qu'on remarque que, dans toutes les hypothèses prévues par notre texte, l'idée de vol est inséparable d'un détournement qu'on croit contraire à la volonté de celui qui pouvait s'y opposer, c'est-à-dire qu'il ne peut exister qu'autant qu'il y a eu *contrectatio,* enlèvement subreptice.

§ 198. Sed *et* si credat aliquis, invito domino se rem contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri; unde illud quæsitum et probatum est : quum Titius servum meum sollicitaret, ut quasdam res mihi subriperet et ad eum perfer-

§ 198. Mais si l'on croit détourner la chose de quelqu'un malgré lui, et que le maître y consente cependant, on dit qu'il n'y a pas vol. C'est pourquoi on décide ce qui suit : si Titius sollicitait mon esclave à me voler quelque chose et à le lui porter; si

ret, *et servus* id ad me pertulerit, *tum* ego, quum volo Titium in ipso delicto deprehendere, permisserim servo quasdam res ad eum perferre: utrum furti, an servi corrupti judicio teneatur Titius mihi, an neutro? Responsum : neutro eum teneri; furti ideo, quod non invito me res contrectaret; servi corrupti ideo, quod deterior servus factus non est.

mon esclave est venu m'instruire de ce qui se passait, et si je lui ai permis de porter ces choses à Titius, que je désire prendre en flagrant délit : à ceux qui demandent si Titius sera tenu envers moi par l'action de vol ou celle *servi corrupti*, ou ne sera tenu par aucune, on répond qu'il ne sera tenu par aucune action. Il n'est pas tenu par l'action de vol, parce qu'il n'a pas dérobé la chose malgré moi, ni par celle *servi corrupti*, parce que mon esclave n'a rien perdu de sa valeur (n'a pas été corrompu).

C'est pourquoi on avait élevé la question de savoir si le détournement fait quand le maître y consentait, mais alors qu'on croyait le contraire, constituait le délit. Justinien a modifié la solution donnée par notre texte et voulu qu'il y eût lieu aux actions *furti* et *servi corrupti* tout à la fois (*loc. cit.*, § 8).

§ 199. Interdum autem etiam liberorum hominum furtum fit, velut si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sunt, sive etiam uxor, quæ in manu nostra sit, sive etiam judicatus, vel auctoratus meus subreptus fuerit.

§ 199. Il peut se faire quelquefois qu'on vole une personne libre : par exemple, si on enlève quelques-uns des enfants placés sous notre puissance, ou notre épouse placée *in manu nostra*, ou celui contre lequel nous avons une sentence, ou notre gladiateur.

Le vol d'une personne libre donnait lieu à une action dont le montant était déterminé par l'intérêt qu'avait le volé à ce que la *contrectatio* n'eût pas lieu (Théophile, § 9 ; *Instit.*, *de oblig. quæ ex delict.*).

§ 200. Aliquando etiam suæ rei quisque furtum committit, veluti si debitor rem

§ 200. On peut commettre un vol sur sa propre chose, par exemple si un débiteur

quam creditori pignori dedit, subtraxerit, vel si bonæ fidei possessori rem meam possidenti subripuerim ; unde placuit eum qui servum suum, quem alius bona fide possidebat, ad se reversum celaverit, furtum committere.

soustrait sa chose donnée en gage à son créancier, ou si j'enlève ma chose à celui qui la possède de bonne foi; de là on a admis que celui qui cache à un possesseur de bonne foi que son esclave est revenu à lui commet un vol.

Puisque celui qui enlevait sa propre chose, sur laquelle un autre avait un droit de possession ou d'usufruit, le privait frauduleusement de ces avantages, il devait être recherché comme voleur.

§ 201. Rursus ex diverso interdum *rem* alienam occupare et usucapere concessum est; nec creditur furtum fieri: velut res hæreditarias, quarum hæres *nondum* nactus possessionem *est*, etsi necessarius hæres esset; nam necessario hærede exstante placuit, ut pro hærede usucapi possit; debitor *quoque* qui fiduciam, *quam* creditori mancipaverit, aut in jure cesserit, d*etinet*, *ut* superiore commentario retulimus, sine furto possidere et usucapere potest.

§ 201. Mais, à l'inverse, on permet quelquefois d'occuper et d'usucaper la chose d'autrui, et l'on dit qu'il n'y a pas vol : par exemple les choses héréditaires dont l'héritier n'a pas pris possession, quoiqu'il fût héritier nécessaire ; car, lorsqu'il existe un héritier nécessaire, on veut qu'on puisse usucaper à la place de l'héritier. Un débiteur qui détient la chose qu'il a mancipée ou cédée *in jure*, sous la clause de fiducie, ainsi que nous l'avons expliqué au second livre, peut aussi posséder et usucaper sans commettre un vol.

On a vu, toutefois, au com. 2, § 60, qu'il était des cas où l'on pouvait posséder et usucaper, bien qu'on sût qu'on détenait la chose d'autrui. — Rappelons, au sujet de la dernière partie de notre paragraphe, que si le débiteur avait payé sa dette, l'usucapion lui compétait de toute manière ; dans le cas contraire, il ne pouvait usucaper qu'autant qu'il n'avait pas reçu sa chose à loyer ou à précaire.

En traduisant notre texte en ce sens que l'usucapion *pro*

hœrede était opposable *même* à l'héritier nécessaire, nous admettons implicitement qu'elle pouvait avoir lieu contre l'héritier *externe*. Cela résulte du texte des §§ 52 et 55 du C. 2, où notre auteur dit d'une manière générale : 1° que l'usucapion des choses héréditaires avait lieu au profit du possesseur de mauvaise foi ; 2° qu'elle avait été admise pour qu'il fût fait plus promptement adition des hérédités. — Au surplus, si, malgré la règle qui voulait que la possession continuât au profit de l'héritier nécessaire, sans qu'il fût tenu de manifester sa volonté, l'usucapion pouvait le dépouiller, il était raisonnable qu'il en fût de même de celui qui ne continuait la personne du défunt qu'en vertu de son adition. — Rappelons que l'usucapion *pro hœrede* n'était pas reçue contre l'héritier sien et nécessaire (C. 2, sous le § 58).

§ 202. Interdum furti teneatur qui ipse furtum non fecerit, qualis est, cujus ope, consilio furtum factum est : in quo numero est qui nummos tibi excussit, ut eos alius subriperet; vel obstitit tibi, ut alius subriperet; aut oves tuas, aut boves fugavit, ut alius eas exciperet; et hoc veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid per lasciviam et non data opera, ut furtum committeretur, factum sit, videbimus an utilis *actio de ea re* dari debeat, quum per legem Aquiliam, quæ de damno lata *est*, etiam culpa puniatur.

§ 202. Quelquefois on est tenu par l'action de vol, quoiqu'on n'ait pas volé, comme lorsqu'on a, par ses soins et ses conseils, poussé à commettre un vol. De ce nombre est celui qui a fait tomber ton argent pour qu'un autre le prît, ou t'a empêché d'agir pour qu'un autre s'en emparât, ou qui a mis en fuite tes brebis et tes bœufs pour qu'un autre les dérobât. Nos anciens ont écrit ce dernier cas pour désigner la personne qui, avec un morceau d'étoffe rouge, a mis un troupeau en fuite ; mais si on a agi par étourderie et sans vouloir aider à la perpétration du vol, nous verrons si, dans ce cas, on donne l'action utile, puisque la loi Aquilia, portée sur le dommage fait à autrui, punit la simple faute.

D'après la loi romaine, les complices étaient tenus, comme le voleur, par l'action de vol. Il n'y avait complicité qu'autant

qu'on avait aidé de ses *soins* et de ses *conseils*. En d'autres termes, il était nécessaire qu'on eût *aidé* le voleur avec *intention*.

Relativement à l'action utile, dont il est parlé à la fin du paragraphe, voyez nos explications sous le § 219.

§ 203. Furti autem actio ei competit, cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit; itaque nec domino aliter competit, quam si ejus intersit, rem non perire.

§ 203. L'action de vol compète à celui qui a intérêt à l'exercer, quoiqu'il ne soit pas propriétaire. Aussi ne se donne-t-elle au propriétaire qu'alors qu'il a intérêt à l'exercer.

§ 204. Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse, adeo quidem, ut quamvis ipse dominus, id est ipse debitor, eam rem subripuerit, nihilominus creditori competat actio furti.

§ 204. En conséquence, il est certain que le créancier gagiste peut exercer l'action de vol contre le voleur du gage, tellement qu'alors même que le propriétaire du gage, c'est-à-dire le débiteur, serait le voleur, l'action de vol ne compète pas moins au créancier.

§ 205. Item si fullo polienda curandave, aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit, eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil *interest* ea non perisse, quum judicio locati a fullone aut sarcinatore suum *per*sequi possit, si modo is fullo aut sarcinator *ad* rem præstandam sufficiat; nam si solvendo non est, tunc qui ab eo dom*inus suu*m consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse.

§ 205. De même, si un foulon a reçu un vêtement pour le nettoyer et en prendre soin, ou si un ravaudeur l'a reçu pour le raccommoder moyennant un prix convenu, il a l'action de vol, et non le propriétaire, contre celui qui a volé cet habit, parce qu'il n'importe en rien au propriétaire que l'habit ait ou n'ait pas été volé, puisqu'il peut réclamer sa chose du foulon ou du ravaudeur par l'action *locati*, pourvu que ces derniers puissent répondre de la chose; car, s'ils sont insolvables, comme le maître ne pourrait pas recouvrer d'eux la valeur de la chose, on lui

donne l'action de vol, parce qu'il lui importe, dans ce cas, d'avoir la chose sauve.

Des paragraphes ci-dessus il résulte que l'action de vol était donnée à celui qui y avait intérêt, c'est-à-dire au maître ou au détenteur tenu envers lui, suivant les cas. Lorsque ce dernier était insolvable, l'intérêt du maître apparaissait; aussi l'action lui revenait de droit.

§ 206. Quæ de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum cui rem commodavimus; nam ut illi mercedem capiendo custodiam præstant, ita hic quoque utendo commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam præstare.

§ 206. Ce que nous avons dit du foulon et du ravaudeur s'applique au commodataire; car, de même que ceux qui acceptent un salaire doivent veiller sur la chose, de même celui qui reçoit la chose pour s'en servir en commodat doit également veiller sur cette chose.

Gaïus appliquait, à l'égard du commodat, la règle portée pour le gage. Mais Justinien a modifié ce point et voulu que, sans distinguer le cas de solvabilité de celui d'insolvabilité du commodataire, le commodant fût libre de choisir entre l'action de commodat contre le commodataire et celle *furti* contre le voleur. Il a ajouté que, le choix une fois fait, le maître ne pourrait plus revenir sur sa détermination, ce qui suppose qu'il a connu le vol avant de choisir son action. S'il a intenté l'action de commodat, dans l'ignorance du larcin, il ne perd pas son action de vol et peut l'exercer en renonçant à la première, à moins qu'il n'ait déjà été satisfait par le commodataire, auquel appartient dès lors l'action de vol (*Instit.*, *de oblig. quasi ex delicto*, § 16).

§ 207. Sed is apud quem res deposita est, custodiam non præstat, tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo fecerit : qua de *causa si* res ei subrepta fuerit quæ restituenda est, ejus nomine depositi non tenetur, nec ob id

§ 207. Le dépositaire n'est pas gardien de la chose; il n'est responsable que de son dol : c'est pourquoi, si on lui a soustrait le dépôt qu'il devait restituer, il n'est pas tenu par l'action de dépôt; aussi n'a-t-il pas d'intérêt à ce que la

ejus interest rem salvam esse : furti itaque agere non potest, et ea actio domino competit.

chose soit sauve : il ne peut donc pas exercer l'action de vol, qui compète au propriétaire.

Le défaut d'intérêt explique pourquoi le dépositaire n'avait pas l'action de vol. — *V.* le 2e appendice, à la fin du commentaire, pour l'appréciation des fautes.

§ 208. In summa sciendum est quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo furtum faciat ; plerisque placet, quia furtum ex adfectu consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit et ob id intelligat se delinquere.

§ 208. En terminant, disons que c'est une question que de savoir si un impubère qui détourne la chose d'autrui commet un vol : la plupart des auteurs admettent que, le vol consistant dans l'intention, l'impubère ne peut être obligé en vertu de ce délit que s'il est proche de la puberté et peut, en conséquence, comprendre qu'il fait mal.

Justinien maintint cette règle (*Instit.*, *eod.*, § 18).

Rappelons qu'outre l'action pénale qu'il avait encourue (*V.* ci-dessus, p. 425), le voleur était passible d'une action personnelle ayant pour objet la réparation du préjudice causé. Au surplus, cette dernière action n'était accordée à celui qui avait été la victime du délit qu'autant qu'il ne pouvait exercer la revendication (C. 4, § 4 ; — LL. 7 et 8, *pr.*, 10 et 14, § 2, ff. *de condit. furtiv.*).

§ 209. Qui res alienas rapit, tenetur etiam furti : quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui rapit, itaque rectum est eum improbum furem esse : sed *et* propriam actionem ejus delicti nomine prætor introduxit, quæ appellatur vi bonorum raptorum et est intra annum quadrupli actio, post annum simpli ; quæ actio utilis est

§ 209. Celui qui prend de force les choses d'autrui est aussi tenu par l'action de vol. Qui, en effet, plus que le ravisseur, détourne la chose d'autrui malgré le propriétaire ? Aussi déclare-t-on que c'est là le pire des voleurs ; mais le préteur a introduit une action particulière qui prend son nom de ce délit : c'est l'action *vi bonorum rap-*

etsi quis unam rem licet minimam rapuerit.

torum, qui, si on l'intente dans l'année du délit, se donne au quadruple, et au simple après l'année; cette action est utile alors même qu'on n'a soustrait qu'une chose de peu de valeur.

L'action *vi bonorum raptorum* était plus avantageuse que celle de vol non manifeste, car elle entraînait la peine du triple, au lieu de celle du double; mais il fallait, pour cela, qu'elle fût intentée dans l'année. Après l'année, elle était du simple, et en conséquence moins utile au créancier, qui avait l'action de vol au double, laquelle était perpétuelle.

L'action publique de la loi *Julia*, *de vi privatâ*, pouvait aussi atteindre le coupable (L. 2, § 1, ff. *vi bonor. rapt.*). — Il était également tenu de l'action personnelle en réparation du préjudice causé (*Inst.*, *de oblig. quæ ex delicto,* § 19), et enfin de l'action réelle (§ 209 de ce com., combiné avec le § 4 du 4e commentaire).

Quand le demandeur avait fait son choix entre l'action de vol et celle *vi bonorum raptorum*, il ne pouvait recourir à l'autre, si ce n'était pour obtenir ce que la dernière contenait de plus que la première (L. 1, *eod.*).

Aux termes du § 1, aux *Institutes*, *de vi bonor. raptorum*, celui qui avait ravi avec violence sa propre chose, meuble ou immeuble, était condamné à la perdre.

Toute personne intéressée à avoir la chose ravie en sa possession avait l'action *vi bonorum raptorum*, de même que s'il s'agissait de l'action de vol (*ib.*, § 2).

§ 210. Damni injuriæ actio constituitur per legem Aquiliam, cujus primo capite cautum est *ut*, si quis hominem alienum eamve quadrupedem, quæ pecudum numero sit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.

§ 210. L'action de dommage injuste a été établie par la loi Aquilia, dont le premier chef décide que si on a tué, sans motifs, l'esclave d'autrui, ou un de ces quadrupèdes qui vont en troupeaux, on sera condamné à payer au maître la plus haute valeur qu'aura eue l'esclave ou l'animal dans l'année qui a précédé sa mort.

§ 211. Is injuria autem occidere intelligitur, cujus dolo aut culpa id acciderit; nec ulla alia lege damnum, quod sine injuria datur, reprehenditur; itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.

§ 211. Est reputé avoir tué injustement celui par le dol ou la faute de qui la mort a eu lieu : aucune autre loi ne punit le dommage qui n'est pas causé injustement; aussi celui qui, sans qu'il y ait faute ni dol de sa part, cause un dommage est-il impuni.

§ 212. Nec solum corpus in actione hujus legis æstimatur, sed sane si servo occiso plus dominus capiat damni, quam pretium servi sit, id quoque æstimatur : velut si servus meus ab aliquo hæres institutus, antequam jussu meo hæreditatem cerneret, occisus fuerit; non enim tantum ipsius pretium æstimatur, sed et hæreditatis amissæ quantitas; item si ex gemellis vel ex comœdis, vel ex symphoniacis unus occisus fuerit, non solum occisi fit æstimatio, sed eo amplius computatur, quod cæteri, qui supersunt, depretiati sunt. Idem juris est etiam, si *quis* ex pari mularum unam, vel etiam ex quadriga equorum unum occiderit.

§ 212. Dans cette action de la loi Aquilia, on n'estime pas seulement la valeur matérielle, mais on prend également en considération, dans le dommage supporté par le maître, ce qui excède le prix réel de l'esclave : par exemple si mon esclave, institué héritier, a été tué avant de faire crétion de l'hérédité par mon ordre; car on n'estime pas seulement sa valeur matérielle, mais sa valeur relativement à l'hérédité qu'il n'a pu recueillir; pareillement, si parmi des êtres qui vont par paires, comme des comédiens ou des musiciens, on en tue un, on n'estime pas seulement sa valeur réelle, mais on fait entrer en compte la dépréciation subie par les autres. Il en est ainsi lorsqu'on a tué une mule accouplée à une autre ou un cheval faisant partie d'un quadrige.

La loi Aquilia avait pour objet la réparation d'un dommage causé injustement, c'est-à-dire *sans droit* et par sa faute, *etiam levissima* (L. 44, ff. *ad legem Aquiliam*).

Le premier chef prévoyait le cas où on avait tué un esclave ou des animaux allant en troupeaux (chevaux, mulets. ânes, bœufs, brebis, chèvres ou porcs). — Il voulait que l'auteur du dommage fût condamné à la plus haute valeur que la chose

avait eue dans l'année (*Instit.*, *de lege Aquil.*, *pr.*, §§ 1 et 9).— Notre texte fait connaître de quelle manière s'appréciait la valeur de la chose.

§ 213. Cujus autem servus occisus est, is liberum arbitrium habet, vel capitali crimine reum facere eum qui occiderit, vel hac lege damnum persequi.

§ 213. Celui dont l'esclave a été tué a la faculté de poursuivre au criminel le meurtrier de cet esclave ou de poursuivre la réparation du dommage, en vertu de la loi Aquilia.

Notre auteur donne à la personne qui a éprouvé le dommage le choix entre l'accusation publique et l'action pénale privée. Mais il résulte de divers textes que ces deux actions pouvaient être cumulées (*Instit.*, *eod.*, § 11, et L. 3, au Code, *de lege Aquil.*).

§ 214. Quod autem adjectum est in hac lege QUANTI IN EO ANNO PLURIMI EA RES FUERIT, illud efficit *ut*, si claudum puta aut luscum servum occiderit qui in eo anno integer fuit, æstimatio fiat *non quanti mortis tempore*, *sed quanti in eo anno plurimi fuerit*; quo fit, ut quis plus interdum consequatur, quam ei damnum datum est.

§ 214. Quand on dit dans cette loi : *suivant la plus grande valeur de la chose dans l'année*, on veut dire que, si un esclave qui était boiteux ou borgne au temps de sa mort, mais qui avait été sain de corps dans l'année, a été tué, l'estimation se fait, non d'après sa valeur au temps de sa mort, mais suivant sa plus haute valeur dans l'année qui a précédé cette mort; il arrive donc que le maître obtient plus quelquefois que la valeur du dommage qu'il a éprouvé.

La base d'appréciation indiquée dans le texte, quoique produisant quelquefois une injustice, fut maintenue par Justinien (*Instit.*, *de lege Aquiliâ*, § 9).

§ 215. Capite secundo *in* adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res

§ 215. Le second chef de la loi Aquilia est relatif à l'adstipulateur qui, en fraude du stipulant, a libéré le débi-

esset, tanti actio constituitur.

teur par acceptilation; on donne contre lui une action jusqu'à concurrence de la somme dont il a fait remise.

§ 216. Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est; sed id caveri non fuit necessarium, quum actio mandati ad eam rem sufficeret, nisi quod ea lege adversus inficiantem in duplum agitur.

§ 216. Il est certain que cette action avait été introduite à titre de dommage par ce second chef de la loi; mais elle ne fut pas nécessaire, puisque l'action de mandat pouvait suffire, si ce n'est qu'on agit au double, en vertu de cette loi, contre celui qui nie.

Le second chef de la loi Aquilia permettait de poursuivre l'adstipulateur qui avait fait remise au débiteur, au lieu d'exiger le bénéfice de la stipulation. Il ne présentait d'utilité qu'en ce point, à savoir, que la condamnation était au double contre l'adstipulateur, au cas de dénégation de sa part. Justinien nous apprend que ce second chef était tombé en désuétude.

§ 217. Capite tertio de omni cætero damno cavetur; itaque si quis servum, vel eam quadrupedem, quæ pecudum numero *est*, *vulneraverit*, *sive eam quadrupedem*, *quæ pecudum numero non est*, velut canem, aut feram bestiam, velut ursum, leonem vulneraverit vel occiderit, ex hoc capite actio constituitur; in cæteris quoque animalibus, item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnum injuria datum hac parte vindicatur; si quid enim ustum, aut ruptum, aut fractum, actio hoc capite constituitur, quanquam potuerit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere; ruptum *enim*

§ 217. Le troisième chef s'occupe de tout autre dommage; si donc quelqu'un a blessé un esclave ou un de ces quadrupèdes qui vont en troupeaux, ou s'il a blessé ou tué un de ces quadrupèdes qui ne vont pas en troupeaux, comme un chien ou une bête féroce, tel qu'un ours ou un lion, il est tenu en vertu de ce troisième chef. Tout dommage causé injustement à un animal quelconque autre que ceux qui vont en troupeaux, et même à toute chose inanimée, est poursuivi aussi en vertu de ce troisième chef; car une action est établie par le troisième chef toutes les fois qu'une chose a été brûlée,

intelligitur, *quod quoque modo corruptum* est; unde non solum *usta aut* rupta, aut fracta, sed et scissa, et collisa, et effusa, et....... aut perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur.

déchirée ou brisée : ce dernier mot pouvait suffire seul à désigner tous ces cas; car *ruptum* s'entend de tout ce qui a été rompu, n'importe de quelle manière; ce qui fait que non-seulement les choses brûlées ou brisées sont comprises dans ce mot, mais encore les choses fondues, écrasées, répandues, jetées, et toutes celles qui sont perdues ou détériorées.

§ 218. Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus XXX proximis ea res fuerit, damnatur is qui damnum dederit; ac ne PLURIMI quidem verbum adjicitur; et ideo quidam putaverunt, liberum esse jus *prætori ut* ex XXX diebus *proximis* adjiceret, *quo* plurimi res fuit, vel *alium* quo minoris fuit; sed Sabino placuit perinde habendum, ac si etiam hac parte PLURIMI verbum adjectum esset, nam legis latorem contentum fuisse, *quod prima parte eo verbo usus esset.*

§ 218. Ce troisième chef ne condamne pas l'auteur du dommage à payer la plus haute valeur que la chose a eue dans l'année, mais celle qu'elle a eue dans les trente jours qui ont précédé le délit, et le mot *plurimi* n'est pas même ajouté; ce qui a donné à penser à plusieurs auteurs que le préteur peut ajouter à sa formule : la plus haute valeur qu'ait eue la chose dans les trente jours qui ont précédé le délit, ou bien une moindre valeur; mais Sabinus enseigne qu'il faut faire comme si on avait répété au troisième chef le mot *plurimi,* le rapporteur de la loi ayant cru suffisant d'employer ce mot dans la première partie.

Par son troisième chef, la loi Aquilia prévoyait les blessures faites aux esclaves et aux animaux allant en troupeaux, et la mort ou les blessures occasionnées aux autres animaux. On devait payer la plus haute valeur que la chose avait eue, non pas dans l'année, mais dans les trente jours antérieurs au dommage.

§ 219. Et placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit, quia alio modo damno dato utiles actiones dantur, velut si quis alienum hominem, aut pecudem incluserit et fame necaverit, aut jumentum tam vehementer egerit ut rumperetur; si quis alieno servo persuaserit ut in arborem ascenderet, vel in puteum descenderet, et si ascendendo aut descendendo ceciderit, aut mortuus fuerit, aut aliqua parte corporis læsus sit; item si quis alienum servum de ponte aut ripa in flumen projecerit et is suffocatus fuerit, hunc corpore suo damnum dedisse eo quod projecerit, non difficiliter intelligi potest.

§ 219. Cette loi a voulu qu'on ne donnât d'action directe que si le dommage a été causé par un corps; mais si le dommage est causé de toute autre manière, on donne des actions utiles: par exemple, lorsque quelqu'un a enfermé un esclave ou un troupeau qu'il a ainsi fait mourir de faim, ou lorsqu'il a conduit un cheval avec tant de vitesse qu'il en est mort, ou lorsqu'on a persuadé à l'esclave d'autrui de monter sur un arbre ou de descendre en un puits, et que cet esclave s'est tué ou blessé dans son ascension ou sa descente, ou aussi lorsqu'on a jeté un esclave appartenant à autrui, du haut d'un pont ou de la rive, dans un fleuve où cet esclave s'est asphyxié, on peut admettre facilement que le dommage a été causé par un corps.

Nous retrouvons ces subtilités dans les *Institutes* de Justinien (*Instit.*, *de lege Aquiliâ*, § 16). — Il distingue même entre le cas où le dommage avait été causé à un corps, que ce fût par un corps ou autrement, et celui où il n'avait été causé ni à un corps ni par un corps: de telle sorte qu'on avait l'action *directe*, quand le dommage était *à corpore corpori;* l'action *utile*, quand il était fait *corpori*, mais non *à corpore;* l'action *in factum*, lorsque le dommage n'était fait ni *à corpore* ni *corpori*, par exemple quand, mû de compassion, on déliait un esclave qui prenait la fuite.

§ 220. Injuria autem committitur non solum quum quis pugno pulsatus, *aut* fuste percussus, vel etiam verberatus erit, sed et si cui convicium factum fuerit; sive

§ 220. On commet une injure non-seulement lorsqu'on frappe quelqu'un du poing, qu'on le pourchasse ou le frappe avec un bâton, mais même quand on fait un outrage

quis bona alicujus quasi debitoris, sciens eum ipsi nihil debere sibi, proscripserit; sive quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen scripserit; sive quis matrem-familias aut prætextatum adsectatus fuerit; et denique aliis pluribus modis.

quelconque à une personne; soit qu'on poursuive les biens de quelqu'un comme débiteur, alors qu'on sait que ce quelqu'un ne nous doit rien; soit qu'on écrive un libelle ou des vers infamants contre quelqu'un; soit qu'on suive assidûment une mère de famille ou un adolescent portant la robe prétexte; soit enfin de plusieurs autres manières.

L'*injure* doit être entendue ici dans le sens d'un affront ou d'un outrage fait malicieusement à une personne. Le § 1 du titre *de injuriis*, aux *Institutes* de Justinien, ajoute à notre texte le cas où l'assiduité s'exerce à l'égard d'une jeune fille portant la robe prétexte, et tous ceux d'atteinte à la pudeur.

La loi 3, §§ 1 à 4, ff. *de injuriis*, exige, pour la perpétration du délit, l'intention criminelle de l'agent.

§ 221. Pati autem injuriam videmur non solum per nosmetipsos, sed et per liberos nostros, quos in potestate habemus; item per uxores nostras, quæ in manu nostra sunt; itaque si filiæ meæ, quæ Titio nupta est, injuriam feceris, non solum filiæ nomine tecum agi injuriarum potest, verum etiam meo quoque et Titii nomine.

§ 221. Nous recevons des injures non-seulement par nous-mêmes, mais encore par nos enfants placés sous notre puissance, de même que par nos épouses que nous avons *in manu;* c'est pourquoi, si vous faites une injure à ma fille, épouse de Titius, on peut agir contre vous, non-seulement au nom de ma fille, mais encore en mon nom et au nom de Titius.

L'action d'injure naissait non-seulement de l'outrage qu'on avait reçu personnellement, mais encore de celui qui avait été fait à notre fils, à notre fille, à notre femme, à notre bru, dont le mari était sous notre puissance (*Instit.*, *eod.*, § 2).—En une telle hypothèse il y avait autant d'actions d'injures que de personnes outragées. Ainsi, lorsque l'injure avait été faite à une femme mariée dont le mari était sous la puissance paternelle, il pouvait y avoir quatre actions : l'une pour le mari, une

seconde pour la femme, une troisième pour le père du mari, et la quatrième pour le père de la femme. Quand cette dernière était *in manu*, il y avait trois actions : celle au nom du père du mari, celle au nom du mari et celle au nom de la femme.

§ 222. Servo autem ipsi quidem nulla injuria intelligitur fieri, sed domino per eum fieri videtur : non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos nostros vel uxores injuriam pati videmur, sed ita, quum quid atrocius commissum fuerit, quod aperte in contumeliam domini fieri videtur, veluti si quis alienum servum verberaverit : et in hunc casum formula proponitur ; at si quis servo convicium fecerit, vel pugno eum percusserit, non proponitur ulla formula ; nec temere petenti datur.

§ 222. Une injure faite à un esclave ne paraît pas l'être à sa personne, mais à son maître dans la personne de l'esclave : nous ne sommes pas injuriés dans nos esclaves toutes les fois que nous le serions dans nos enfants ou nos épouses, mais alors seulement qu'on a commis contre eux une injure grave et dans l'intention évidente d'humilier le maître, par exemple lorsqu'on a frappé l'esclave d'autrui : dans ce cas, on donne action au maître contre l'auteur de l'injure ; mais aucune formule n'est proposée pour l'hypothèse où l'on n'a fait qu'outrager l'esclave ou le provoquer à se battre, et on n'accorde pas facilement l'action à celui qui la demande.

L'injure faite à un esclave ne donnait lieu qu'à une action au profit du maître et de son chef, et alors qu'elle était grave et faite dans l'intention évidente d'humilier le maître. Le préteur autorisa cependant l'action pour des cas moins graves et suivant les circonstances (L. 15, § 48, ff. *de injuriis*).—Quand l'esclave appartenait à plusieurs maîtres, l'action était donnée à chacun, en raison de sa dignité ; et s'il appartenait en usufruit à un maître, et en nue propriété à un autre, c'est ce dernier qui avait l'action (*Instit.*, *eod.*, §§ 4 et 5).

§ 223. Pœna autem injuriarum ex lege XII Tabularum propter membrum quidem

§ 223. La loi des Douze Tables avait établi la peine du talion pour un membre brisé,

ruptum talio erat, propter os vero fractum aut collisum trecentorum assium pœna erat, velut si libero os fractum erat; at si servo, CL. Propter cæteras vero injurias XXV assium pœna erat constituta; et videbatur illis temporibus in magna paupertate satis idoneæ istæ pecuniariæ pœnæ.

et une amende de trois cents as pour un os brisé ou fracturé, quand le délit avait été commis contre une personne libre, et de cent cinquante as, s'il avait été commis contre un esclave; quant aux autres injures, elles étaient punies d'une amende de vingt-cinq as, et, dans ces temps de pauvreté, ces peines pécuniaires paraissaient suffisantes.

Le texte nous fait suffisamment connaître les pénalités établies par la loi des Douze Tables pour l'action d'injure. Rappelons que l'as valait cinq centimes.

§ 224. Sed nunc alio jure utimur; permittitur enim nobis a prætore *ipsis* injuriam æstimare, et judex vel tanti condemnat, quanti nos æstimaverimus, vel minoris prout illi visum fuerit; sed quum atrocem injuriam prætor æstimare soleat, si simul constituerit quantæ pecuniæ nomini fieri debeat vadimonium, hac ipsa quantitate taxamus formulam, et judex, quamvis possit vel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsius prætoris auctoritatem non audet minuere condemnationem.

§ 224. Mais nous usons aujourd'hui d'un autre droit; car l'édit du préteur nous autorise à estimer nous-même le montant de l'injure, et le juge condamne à payer selon notre estimation ou au-dessous, suivant qu'il la juge bien fondée ou trop élevée; mais, comme le préteur détermine si l'injure est grave, lorsqu'il a fixé jusqu'à quelle somme pourra s'élever le *vadimonium*, nous devons taxer notre demande d'après cette détermination, et, bien que le juge puisse condamner à une somme moindre que l'estimation faite par le préteur, il n'ose pourtant pas, à cause de l'autorité du préteur, amoindrir la condamnation.

§ 225. Atrox autem injuria æstimatur vel ex facto, velut si quis ab aliquo vulneratus aut verberatus fustibusve

§ 225. L'injure est considérée comme grave, soit d'après la nature du délit, comme lorsqu'on a été blessé ou

cæsus fuerit; vel ex loco, velut si cui in theatro aut in foro injuria facta sit; vel ex persona, velut si magistratus injuriam passus fuerit, vel senatoribus ab humili persona facta sit injuria.

frappé avec un bâton, ou battu de verges par quelqu'un; soit en raison du lieu, comme lorsque l'injure a été faite à quelqu'un dans un théâtre ou dans le forum; soit en raison de la personne, comme lorsque l'injure a été faite à un magistrat ou à des sénateurs par une personne de basse extraction.

Le préteur substitua à ces pénalités une réparation pécuniaire estimée par le juge en raison de la qualité du plaignant et de celle du coupable, et aussi de la gravité de l'injure. On avait le choix entre l'action criminelle et l'action pénale, mais il n'y avait pas cumul (*Instit.*, *eod.*, § 10).

V., aux §§ 184 et suiv. du C. 4, ce qu'on entendait par *vadimonium.*

L'action d'injures s'éteignait par le pardon ou par l'oubli. L'oubli était présumé après le délai d'une année. L'action ne se donnait pas aux héritiers de l'offensé (*Instit.*, *eod.*, § 12; — L. 17, § 6, ff. *de injuriis*, et L. 5, C., *eod.*).

1er APPENDICE. — DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT *quasi ex contractu*, ET DE CELLES QUI PROCÈDENT *quasi ex delicto*.

Outre les contrats et les délits, qui étaient les deux sources principales d'obligations, certains faits qui ne rentraient ni dans la classe des conventions ni dans celle des délits produisaient aussi des liens juridiques. Lorsque ces faits avaient des rapports avec des contrats reconnus, on disait que l'obligation naissait *quasi ex contractu;* d'où nous est venue, en droit français, l'expression impropre de *quasi-contrat.* Quand le fait producteur du lien de droit était illicite, quoique non rangé dans la classe des délits, on disait que l'obligation était née *quasi ex delicto*, d'où nous avons fait *quasi-délit.*

Étaient produites *quasi ex contractu* les obligations nées: — 1° de la gestion d'affaires (fait ayant de l'analogie avec le mandat); — 2° de la tutelle et de la curatelle (s'y rapportant

également); — 3° du payement de l'indû (fait qui a quelque trait de ressemblance avec le *mutuum*); — 4° de la communauté entre héritiers ou entre légataires conjoints (faits qui ont du rapport avec la société); — 5° de l'héritier envers le légataire (la loi le réputant lié comme s'il s'y était engagé).

Étaient engendrées *quasi ex delicto* toutes les obligations nées de faits illicites mais non classés parmi les délits. Les *Institutes* de Justinien prévoient l'hypothèse où le juge *faisait le procès sien*, celle où on avait jeté quelque chose qui avait porté préjudice à autrui, enfin celle où un vol avait été commis dans une auberge ou dans un navire au préjudice d'un tiers, et par un autre que le propriétaire, mais par un de ses préposés.

On appelait *gestion d'affaires* l'administration des biens d'une personne sans son mandat et à son insu (*Instit.*, *de oblig. quasi ex contractu*, § 1).

La gestion d'affaires produisait une action *directe* au profit du maître de la chose contre le gérant pour le forcer à rendre compte, et une action contraire au profit du gérant contre le maître (même incapable de consentir) pour se faire indemniser de ses dépenses utilement faites (LL. 10, § 1, et 12, § 2, ff. *de negot. gestis*, et L. 3, § 5, *eod.*). — Mais la gestion faite malgré les personnes capables ne les soumettait à aucune action (L. 8, § 3, *eod.*, et L. 40, *mandati*). Le gérant n'avait action qu'autant qu'en entreprenant la gestion, il avait entendu se faire indemniser (L. 4, *de negot. gestis*; — L. 44, *eod.*, et L. 6, § 3, *eod.*).

Les tiers qui avaient traité avec le gérant avaient contre le maître les actions utiles qu'ils auraient eues directement contre le premier, et réciproquement (L. 31, ff. *de negot. gestis*. — *V.* ce que nous disons à cet égard au sujet du mandat).

Les tuteurs étaient tenus envers leurs pupilles, par l'action directe *tutelæ*, à leur rendre compte de leur administration, et, réciproquement, les pupilles étaient tenus envers leurs tuteurs, par une action contraire, pour les dépenses faites, pour les obligations contractées ou pour les hypothèques données dans leur intérêt (*Instit.*, *loc. cit.*, § 2).

On donnait contre les curateurs l'action *negotiorum gestorum* utile (L. 4, § 3, ff. *de tutelâ et rat.*).

Nous avons parlé, sous le § 91, du payement de l'indû et de l'obligation qui en résultait pour celui qui l'avait reçu.

Toute communauté existant entre personnes qui n'avaient pas convenu entre elles d'une société donnait naissance à des rapports qui produisaient obligation au profit des communistes. L'action qui naissait de cette situation était appelée *communi dividundo* ou *familiæ erciscundæ*, suivant que la communauté était relative à une seule chose ou à une hérédité entière. Elle s'employait pour réclamer les impenses utiles faites à la chose et pour obtenir le partage de la chose commune (*V. infrà*, C. 4, § 7, ce que nous disons du caractère *mixte* de ces actions).

Le légataire avait contre l'héritier une action personnelle pour la délivrance de son legs, non-seulement lorsqu'il était *per damnationem*, mais aussi *per vindicationem* (LL. 84, § 13; — 85 et 108, § 2, ff. *de legatis*; — L. 76, § 8, *eod.*, *de leg. et fid.*, et *Instit.*, *loc. cit.*, § 5).

Le juge faisait le procès sien toutes les fois que, sans commettre un délit qualifié, il avait, soit par faveur, soit par inimitié ou par corruption, soit même par ignorance, rendu à dessein un jugement inique (L. 15, § 1, ff. *de jud.*, et L. 6, *de extraord. cognit.*). — Quand un juge était poursuivi pour un des cas ci-dessus, il était condamné au payement du procès estimé équitablement par un autre juge (*Instit.*, *de oblig. quæ quasi ex delicto*, *pr.*).

Le propriétaire, le locataire ou l'habitant à un autre titre d'un appartement par lequel on avait jeté quelque chose qui avait porté préjudice à autrui, était obligé *quasi ex delicto*. — Il en était de même de celui qui avait sur la voie publique quelque objet posé ou suspendu dont la chute aurait pu nuire à quelqu'un. Le seul fait prévu, sans dommage causé, donnait naissance à l'obligation au profit de tous (*Instit.*, *eod.*, § 1).

Le maître d'un navire ou d'une auberge était obligé pour les vols ou dommages commis par d'autres que par lui dans son auberge ou dans son navire. Il fallait néanmoins, pour engager sa responsabilité, que le vol ou le dommage eût été accompli par quelqu'un qu'il employait au service du navire ou de l'auberge (*Instit.*, *eod.*, § 3).

2e APPENDICE. — DE L'APPRÉCIATION DES *fautes* A L'ÉGARD DES PERSONNES OBLIGÉES EN VERTU D'UN CONTRAT, *quasi ex contractu* OU *quasi ex delicto*.

La loi 23, ff. *de regulis juris*, est ainsi conçue :

« *Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium : dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum; item dotis datio, tutelæ, negotia gesta (in his quidem et diligentiam) : societas et rei communio et dolum et culpam recipit. Sed hæc ità, nisi si quid nominatim convenit vel plus vel minus in singulis contractibus; nam hoc servabitur quod initio convenit: legem enim contractus dedit; excepto eo quod Celsus putat non valere si convenerit ne dolus præstetur; hoc enim bonæ fidei judicio contrarium est, et ità utimur. Animalium vero casus, mortes quæ sine culpâ accidunt, fugæ servorum qui custodiri non solent, rapinæ, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus prædonum à nullo præstantur.* »

En voici la traduction littérale : « Dans certains contrats, on n'est tenu que de son dol; dans d'autres, on est tenu de son dol et de sa faute. Dans le dépôt et le précaire, on ne répond que de son dol; on répond de son dol et de sa faute dans le mandat, le commodat, la vente, le gage, le louage; il en est de même dans le contrat de dot, dans la tutelle, dans la gestion d'affaires (à la vérité, dans ces derniers, on est tenu aussi de soins diligents); dans la société et la communauté de biens, on est tenu de son dol et de sa faute. Mais il n'en est ainsi qu'autant qu'on n'a pas convenu qu'on serait plus ou moins sévèrement tenu, car on aura égard à ce qui aura été dit au moment du contrat, le contrat faisant la loi des parties, bien entendu toutefois, ainsi que le pense Celsus, que la clause par laquelle on serait convenu d'être affranchi de son dol n'est pas valable; car une telle clause est contraire aux actions de bonne foi, et nous suivons cette règle. Mais personne n'est tenu des cas fortuits causés par les animaux, des morts qui se produisent sans faute, de la fuite des esclaves

qu'on n'est pas dans l'habitude de garder, des rapines, des tumultes, de l'incendie, des inondations, des invasions de brigands. »

De cette loi il résulte : 1° qu'en droit romain on n'était jamais tenu du cas fortuit; 2° qu'on était toujours tenu de son dol; 3° qu'on était généralement tenu de son dol et de sa faute; 4° enfin, que dans certains agissements on était tenu de son dol, de sa faute, et même d'un manque de soins diligents, c'est-à-dire de sa faute *très-légère*.

Ulpien, auteur de cette loi, considère le mandataire comme responsable du dol d'abord, et en second lieu de sa faute légère, mais non d'une faute très-légère. Mais d'autres textes du droit romain rectifient cette classification et rangent le mandataire parmi ceux qui répondent de la faute très-légère. C'est ainsi que la loi 13, C., *mandati*, porte : « *Procuratore dolum et omnem culpam, juris auctoritate manifeste declaratur*, » et que la loi 21, *eod.*, ajoute : « *Sic re mandata non pecuniæ solum, cujus est certissimum mandati judicium, verum etiam existimationis periculum est. Nam suæ quidem quisque rei moderator atque arbiter, non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit: aliena vero negotia exacto officio geruntur; nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.* »

Les meilleurs interprètes du droit romain et de notre ancien droit (Cujas, sur la loi 23, ff. *depositi*; — Vinnius, *Quæst. solutæ*, et Pothier, *Mandat*, n° 46) enseignaient aussi que le mandataire était non-seulement tenu de son dol et de sa faute légère, mais encore de la faute très-légère. Il est vrai que Lebrun, *Prestation des fautes*, édit. 1813, p. 34, vint contredire cette interprétation et soutenir que la loi romaine n'avait connu que deux degrés de faute, la faute lourde assimilée au dol et la faute légère; mais qu'en aucun cas il ne rendait responsable de la faute *très-légère*, *levissima culpa*.

Mais en quoi consiste la faute *légère?* en quoi la faute *très-légère?* — Il y a faute *légère* de la part de celui qui n'apporte pas à la chose qui lui est confiée les soins qu'apporte habituellement dans ses affaires un bon père de famille (Argum. des lois 58, § 1, ff. *locati*; 52, § 4, ff. *pro socio*, et 47, § 5, ff. *de legat.*). — Il y a faute très-légère de la part de celui qui ne

donne pas à la chose tout le soin possible (L. 1, § 4, ff. *de oblig. et act.*). La loi 5, § 2, ff. *commodati*, déclare le commodataire tenu de son dol, de sa faute et du manque de soins ; et la loi précitée du titre des Obligations dit qu'il ne lui suffit pas d'apporter à la chose qui lui est confiée les soins qu'il donne à ses propres affaires, mais qu'il est responsable quand il l'a laissée périr, alors qu'un autre plus diligent aurait pu la conserver. Quant au dol ou à la faute lourde, il consiste à être moins vigilant à l'égard des affaires qui nous sont confiées, que nous ne le sommes relativement à notre propre chose (L. 32, ff. *depositi*).

On le voit donc, si notre théorie est exacte, la faute lourde, dont on est toujours responsable, s'apprécie *in concreto*, c'est-à-dire par rapport à celui qu'on prétend obligé ; la faute légère et la faute très-légère s'estiment relativement aux soins habituels du bon père de famille et à ceux du père de famille le plus diligent.

En faisant une application de la théorie qui précède, nous trouvons qu'en droit romain celui qui s'obligeait pour rendre un service purement gratuit, comme le dépositaire et le commodant, ne répondait que de son dol et de sa faute grave, lorsqu'elle pouvait être assimilée au dol ; que celui qui s'obligeait dans un intérêt exclusif qui lui était propre répondait de son dol et de toutes ses fautes, même de la faute très-légère : ainsi le commodataire et le déposant ; que ceux qui, au contraire, s'obligeaient dans un intérêt respectif répondaient toujours de leur dol et de leur faute grave, et quelquefois de leur faute légère, jamais de leur faute très-légère. Ils n'avaient à répondre que de leur faute grave, lorsque, étant copropriétaires de la chose qu'ils administraient ou surveillaient, ils offraient une garantie qu'on ne trouve pas dans les obligés non copropriétaires. Ainsi les associés, les cohéritiers et les autres communistes s'en occupent généralement pour eux-mêmes et en raison de leur intérêt. Le vendeur, le locateur, n'ayant pas cet intérêt à la conservation de la chose, devaient suppléer à cette garantie, qu'ils n'ont pas en eux-mêmes, par une responsabilité plus étendue, et répondre de leur faute *légère*. La loi 5, § 2, ff. *commodati vel contrà,* posait ainsi en principe que, dans les conventions faites pour l'utilité de l'une

des parties seulement, comme dans le dépôt fait sans stipulation de salaire, dans le commodat, celui qui ne retirait aucun avantage du contrat répondait seulement de son dol et de sa faute lourde; que l'autre partie répondait même de la faute *très-légère*, et que, lorsque le contrat avait été fait dans l'intérêt des deux parties, chacun des contractants devait répondre de son dol et de sa faute.

Si le gérant d'affaires était responsable de sa faute très-légère, c'est parce qu'il était considéré comme ayant empêché un autre plus habile que lui de s'immiscer dans la gestion entreprise (L. 23, ff. *de reg. juris*), tellement qu'il répondait de la faute *lourde* seulement lorsqu'il avait géré dans un cas urgent (L. 3, § 9, ff. *de negot. gestis*).

Le tuteur répondait de toute faute, par suite de l'assimilation qui était faite de la tutelle au mandat ou à la gestion d'affaires (L. 23, ff. *de reg. juris*). — Au surplus, en fait, il n'était tenu que de son dol, quand il avait agi de bonne foi pour l'avantage du pupille (L. 7, § 2, ff. *de adm. et periculo tutorum*).

COMMENTAIRE QUATRIÈME.

Divisione actionum.

§ 1. *Superest ut de actionibus loquamur. Si quæramus* quot genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam. Nam qui quatuor esse dixerunt ex sponsionum generibus, non animadverterunt, quasdam species actionum inter genera se retulisse.

De la division des actions.

§ 1. Il nous reste à parler des actions. Si nous cherchons quelle est leur division générique, nous trouvons des actions réelles et des actions personnelles. Ceux qui remarquent quatre genres d'actions, d'après la division des *sponsions*, n'ont pas observé que toutes les espèces d'actions rentrent dans les deux genres que nous avons donnés.

D'après Justinien, on doit entendre par ACTION *le droit de poursuivre devant le juge ce qui nous est dû* (*Instit.*, *de act.*, *pr.*, et L. 51, ff. *de oblig. et act.*). Cette définition, qui ne s'applique qu'aux actions personnelles, a besoin d'être complétée par l'addition de quelques mots relatifs aux actions réelles, ainsi qu'il suit : « *L'action est le droit de poursuivre devant le juge ce qui nous est dû*, OU NOTRE CHOSE. » — Même ainsi étendue, cette définition, exacte au temps de Justinien, ne l'est point pour l'époque où le juge n'était appelé à statuer qu'en vertu de la mission qu'il recevait du magistrat par une formule, et où, par conséquent, il ne pouvait y avoir poursuite *in judicio* qu'autant que ce renvoi devant le juge avait été

ordonné. L'action était donc alors le droit de s'adresser au magistrat pour qu'il délivrât une formule; et comme la mission du juge résultait de cet acte, la formule et le droit qu'elle faisait naître étaient fréquemment employés l'un pour l'autre (texte, §§ 53, 71 et 74).

Nous ferons observer également qu'une telle explication du mot *action* ne saurait convenir à l'époque antérieure à Cicéron, pendant laquelle le système des actions de la loi fut en vigueur, et où l'on entendait par *action* l'ensemble de la procédure, dans le même sens que nous disons *la saisie immobilière*, pour désigner la procédure sur saisie immobilière.

Sans nous arrêter davantage à ces définitions restreintes, et qui ont varié à chacune des époques où le système de la procédure romaine a été changé, nous donnerons de l'action cette acception large et générale qui convient également à tous les systèmes, soit du droit ancien, soit du droit moderne : « L'action est un moyen légal accordé aux personnes pour obtenir, conserver ou recouvrer la jouissance de leurs droits ; c'est la *sanction* d'un droit préexistant, et que pour cette raison on peut appeler un droit *sanctionnateur.* »

Le droit romain présente trois systèmes d'actions privées ou de procédure civile bien distincts : celui des *actions de la loi*, celui des *formules*, et enfin celui des *cognitiones extraordinariæ.*

Observons que, dans les deux premiers systèmes de procédure romaine, qui diffèrent si essentiellement, on remarque un caractère commun qui ne se retrouve pas dans les institutions judiciaires modernes : nous voulons parler de la division de la procédure en deux parties distinctes. La première partie s'accomplissait devant le magistrat, qui fixait le point litigieux sur lequel le juge avait à prononcer; la seconde avait lieu devant le juge, qui examinait le point litigieux précisé par le magistrat.

Dans le troisième système, au contraire, la manière de procéder était plus simple. Le magistrat seul était chargé de dire et d'appliquer le droit, sans qu'il fût nécessaire de recourir à un juge et sans qu'on employât de formule. Du reste, il faut observer que, bien avant l'abolition des formules, cette

manière de procéder sans *judex* s'était établie exceptionnellement et pour certains cas. En l'année 294 de J.-C., Dioclétien fit de l'exception la règle générale (1).

---

(1) Nous croyons utile de donner ici un aperçu de l'organisation judiciaire.

CHAPITRE PREMIER.

ORGANISATION JUDICIAIRE SOUS LE SYSTÈME DES ACTIONS DE LA LOI.

SECTION I. — *Des magistrats.*

Si nous admettons, à défaut de preuves positives, que la séparation entre le magistrat, chargé de la *jurisdictio*, et le *judex*, chargé de l'application du droit, n'existait pas dès l'origine des actions de la loi, toujours est-il qu'à une certaine époque de ce premier système, elle est incontestable. En effet, deux des cinq actions de la loi consistaient dans la dation d'un juge : c'étaient la *judicis postulatio* et la *condictio*. Une troisième, la plus ancienne de celles qui avaient pour but la reconnaissance des droits, l'*actio sacramenti*, tendait aussi à la dation d'un juge. Il est douteux si, avant la loi Pinaria, dont la date n'est pas connue, et qui s'occupait de cette dation d'un juge, il n'y avait pas lieu à en nommer un, ou si, au contraire, cette loi n'avait statué que sur le délai dans lequel on devait le nommer (texte, § 15; — Walter, *Procéd. civ. chez les Romains*, ch. 1, p. 3, trad. Laboulaye ; — Étienne, t. II, p. 315).

La loi des Douze Tables suppose comme préexistante cette distinction entre le *jus* et le *judicium* ; d'où il résulte qu'elle était en usage dans les temps les plus reculés (Table I, § 1; — II, § 2; — III, § 2; — VII, § 5; — IX, § 3; — XII, § 3).

A l'origine de Rome, les rois nous sont représentés comme les magistrats chargés de la *jurisdictio*. Après eux, les consuls, élus parmi les patriciens, l'obtinrent jusqu'en 387 de Rome, époque à laquelle la préture fut instituée. Cette magistrature nouvelle fut d'abord réservée (jusqu'au commencement du cinquième siècle) aux patriciens, qui eurent le soin de confier à ceux qui en étaient investis la *jurisdictio* enlevée aux consuls dès l'instant que les plébéiens eurent obtenu que l'un d'eux serait choisi dans leur sein. A côté des préteurs, et dès la même époque, les deux édiles curules furent investis d'une juridiction spéciale : en matière de ventes d'esclaves et d'animaux, et généralement en matière de règlements de police. Dès les premières années du sixième siècle, un préteur pérégrin fut établi à côté du préteur qui existait déjà ; il fut chargé de la juridiction relativement aux contestations entre étrangers, et entre citoyens et étrangers. Le préteur chargé de statuer entre citoyens romains prit dès ce moment le nom de *préteur urbain* (Denys d'Halycarnasse, II, 14; X, 1 ; — Cic., *Traité de la rép.*, V, 2; — L. 2, §§ 27, 28, 32, 26 et 34, ff. *de origine juris*).

A côté de ces magistratures qui existaient à Rome, les colonies, les municipes, les villes, les préfectures en avaient qui leur étaient particulières. Ainsi les magistrats supérieurs des colonies et des municipes, duumvirs et quatuorvirs, avaient la juridiction. Les préfets envoyés de Rome exerçaient cette même juridiction dans les villes préfectures. La Sicile, la Sardaigne, l'Espagne et la Narbonnaise ayant été réduites en provinces, on établit, en 526 et 556, quatre nouveaux préteurs pour les gouverner. Sous Sylla, il y avait dix préteurs, sous Jules César douze, et au temps de Pomponius dix-huit (L. 2, § 32, ff. *de origine juris* ; — Tite-Live, XXIII, 30 ; — Cic., *In Rull.*, II, 34 ; — Bonjean, § 48 ; — Walter, *ibid.* ; — Zimmern, *Traité des actions en droit romain*, trad. Etienne, § 2 et suiv.).

Tous ces divers magistrats avaient, chacun dans la mesure de ses attributions et dans les limites de son territoire, la *jurisdictio*, c'est-à-dire la *diction* ou déclaration du droit, soit comme pouvoir *législatif*, soit comme pouvoir *judiciaire*. Ils exerçaient leur juridiction législative au moyen des

Notre texte critique la division des actions en quatre genres, tirés du nombre des *sponsions*. Il y avait des *sponsions* pénales (elles intervenaient à propos de certaines actions personnelles

---

édits, et leur juridiction judiciaire en appliquant les règles préexistantes, au moyen de la dation d'un juge ou en statuant eux-mêmes sur les contestations privées.

On distinguait la juridiction suivant qu'elle était *volontaire* ou *contentieuse*, *limitée* ou *illimitée*, *ordinaire* ou *extraordinaire*, *propre* ou *déléguée*, *propre* ou *prorogée*.

La juridiction était *volontaire* quand le magistrat intervenait, non pour régler une contestation, mais afin de donner aux actes une solennité requise pour leur validité; de ce nombre étaient la *manumissio*, la *vindicta*, la *cessio in jure*, l'*adoption*, l'*adrogation* (texte, I, §§ 98 et suiv.; II, § 24; — Justinien, *Institut.*, liv. I, tit. XI).

On appelait la juridiction *contentieuse* celle qui avait pour but de mettre fin aux contestations entre particuliers. Cette juridiction ne pouvait s'exercer hors de la circonscription territoriale qui était tracée au magistrat (L. 13, ff. *de juridict.*).

La juridiction *limitée* était dévolue aux magistrats municipaux ; elle était bornée quant au *territoire*, quant à l'*importance* et à la *nature* des affaires. L'importance de la cause était déterminée par la *demande*. La juridiction limitée ne comprenait point, en général, l'*imperium*, c'est-à-dire le pouvoir de commander et de contraindre, le droit d'employer la force publique pour faire exécuter les ordres qu'on avait donnés (L. 26, ff. *ad municip.*).

L'*imperium* appartenait, au contraire, aux magistrats ayant la juridiction *illimitée*, c'est-à-dire aux magistrats supérieurs, le préteur à Rome, et les présidents dans les provinces. Cette dernière juridiction était sans bornes quant à la nature et à l'importance du procès; elle n'avait de limites que relativement au territoire (LL. 1 et 3, ff. *de juridict.*).

La juridiction *ordinaire* était celle qui s'exerçait par la dation d'un *judex* ; on l'appelait ainsi par opposition à la juridiction *extraordinaire*, par laquelle le magistrat statuait lui-même (Tacite, *An.* XIII, § 1; — L. 5, ff. *de agnosc.*; — L. 1, *de extraord. cognit.*, et L. 3, *de proxenet.*).

Était dite *propre* la juridiction exercée par une personne qui en avait été investie directement par la loi; on l'opposait à la juridiction *déléguée*, c'est-à-dire exercée en vertu du pouvoir conféré par le magistrat à une autre personne de faire tel acte qui ne la concernait pas directement. Le magistrat pouvait déléguer son pouvoir en tout ou en partie, soit pour une seule affaire, soit pour un nombre indéterminé d'affaires. Il pouvait déléguer son pouvoir soit à un autre magistrat, soit à un simple particulier. Observons que la délégation ne pouvait avoir lieu en matière criminelle, non plus qu'en matière de juridiction volontaire (Tite-Live, XXIV, 44; — Cic., *Epist. ad Quint. fratr.*, I, 1; — LL. 1 et 4, § 3, ff. *damni infecti*; 16 et 17, *de jurisd.*; 1, *de officio ejus cui mand.*; 70, *de regulis juris*; 2, § 1; 6, § 1, *de offic. procons.*).

Par opposition à la juridiction *propre*, on appelait *prorogée* la juridiction alors que la compétence du magistrat était étendue à une affaire qui était en dehors de ses attributions. La prorogation n'étant qu'une extension de juridiction, il est certain qu'elle ne pouvait être faite qu'à l'égard des personnes ayant juridiction (L. 3, C., *de jurisd.*).

SECTION II. — *Des juges.*

Il y avait deux sortes de juges : les uns étaient choisis pour une affaire spéciale (tantôt un seul statuait : c'était l'*unus judex*; tantôt ils étaient trois : on les appelait *arbitres*); les autres formaient un tribunal permanent, le collége des centumvirs et celui des décemvirs.

Le *judex* était toujours unique; il y avait ordinairement trois arbitres. Le *judex* et les arbitres étaient choisis par les parties, qui pouvaient récuser

et des interdits); il y en avait qui n'étaient point pénales, mais un simple moyen de faciliter la procédure; elles intervenaient dans les actions réelles. La *sponsion* était en outre ou légitime,

---

sans motif celui qui leur était proposé. Si les parties ne pouvaient pas s'entendre sur le choix, l'on recourait à la voie du sort. Le magistrat attribuait le juge ou les arbitres choisis par les parties. Le juge et les arbitres ne pouvaient pas sans motif légitime, refuser de connaître de la contestation pour laquelle ils avaient été choisis, car leur nomination les faisait considérer comme investis d'une charge publique (texte, IV, §§ 104 et suiv.; — Cic., *pro Quintio*, 9; — *de leg.*, 1, 21, *pro Cluent.*, c. 43; — *in Verr.*, III, 31; III, 2, 13 et 14; *pro Roscio*, 4; — Senec., *de benefic.*, III, 7; — Pline, *Hist. nat.*, *præf.*; — L. 78, ff. *de judiciis*; — L. 13, § 2, ff. *de vacatione*).

Le juge, que les parties pouvaient choisir, devait être pris dans certaines catégories. Durant le premier système, il fut pris uniquement dans la classe des sénateurs. Il est à croire qu'il en fut de même des arbitres. La seule différence qui existât entre le juge et les arbitres consistait en ce que le premier n'avait besoin d'avoir aucune connaissance spéciale, au lieu que les arbitres devaient avoir celle de certains arts (Ortolan, *Hist. du droit romain*, p. 201; — Plaute, *Rudens*, acte 3, scène 4, vers 7 et 5).

Le tribunal permanent des centumvirs était composé de juges élus annuellement et indistinctement dans chaque tribu; les plébéiens y étaient admis comme les patriciens. Vers l'an de Rome 512, le nombre des juges centumviraux était de cent cinq, chaque tribu nommant trois juges. On voit que le nom de centumvirs, qu'on employait pour désigner l'ensemble du tribunal, n'était qu'approximativement exact. En effet, au temps de Pline, les membres de ce tribunal portaient encore le nom de centumvirs, bien qu'ils fussent cent quatre-vingts. Remarquons que les centumvirs ne siégeaient qu'à Rome et restaient étrangers aux provinces (Tite-Live, liv. II, 21; VI, 5; VII, 15; VIII, 17; IX, 20; X, 9; — Festus, v° *centumviralia*; — Pline, *epist.* VI, 33; — Bonjean, § 84).

Ce tribunal était divisé tantôt en deux, tantôt en quatre colléges. Il était présidé par un magistrat romain, d'abord par les ex-questeurs; sous Auguste, par les décemvirs; au temps de Pline, par un préteur en présence des décemvirs. Il siégeait au forum. On ne sait pas s'il rendait ses sentences en un seul collége ou par chambres séparées. Nous inclinons à penser que le plus souvent il jugeait séparément. Sans cela, quelle eût été l'utilité de la division du tribunal en deux ou quatre colléges (Quintilien, *Inst. orat.*, V, 2, 1; XI, 1, 78; XII, 5, 6; — Pline, *epist.* I, 18; IV, 24; VI, 33; V, 21; — Suétone, *Domit.*, 8; — Cic., *de orat.*, 1, 38; *pro Cæcinâ*, 18; — Val. Max., IV, 1, 8; — L. 10, *p.*, ff. *de inofficioso testamento*; —Etienne, t. II, p. 324).

La compétence du tribunal centumviral embrassait : 1° les questions de propriété quiritaire et de ses démembrements; — 2° les questions relatives à l'hérédité; — 3° les questions d'État.

On ne connaît pas les attributions du tribunal des *décemvirs*, ainsi nommés, sans doute, à cause du nombre de ses membres. Nous savons seulement qu'on procédait devant lui par la forme du *sacramentum*; que, sous Octave, les *décemvirs* furent chargés de diriger le tribunal centumviral, et qu'ils eurent, sous l'empire, une portion de la juridiction criminelle (Cic., *pro Cæcinâ*, 33; *pro domo*, 29; — Suétone, *Oct.*, c. 36; — Pline, *epist.* V et *ult.*; — Dio. Cass., liv. LV, 26; — Walter, p. 12).

Les décisions judiciaires pouvaient être l'objet d'un VETO de la part des tribuns du peuple ou de tout autre magistrat égal ou supérieur à celui qui avait statué ou constitué le *judex* porteur de la sentence. L'effet de ce VETO était de suspendre l'exécution de la décision. Là se bornait le droit de l'opposant, sans aller jusqu'à la révision des jugements critiqués. Ce ne fut que sous le système formulaire que l'appel proprement dit fut mis en usage. Le VETO n'intervenait qu'après un examen fait devant le collége des tribuns, où les parties et leurs avocats étaient entendus. Toutefois chaque tribun avait le droit d'émettre un VETO, nonobstant l'avis de ses collègues

c'est-à-dire déterminée par une loi (*V.* Cic., troisième plaidoyer pour Roscius le comédien, ch. x), ou indéterminée, c'est-à-dire qu'on laissait aux parties d'en fixer le montant.

(Cic., *pro Cluentio*, 27; *in Verrem*, IV, 65; — Tite-Live, VI, 27; XXXVIII, 60; — Aul. Gell., *Noct. attic.*, VII, 19; XIII, 12). — Val. Max., IV, 1, 8. — Dans les provinces, le gouverneur avait également le droit d'interposer son VETO. — Chaque plaideur, demandeur ou défendeur, pouvait solliciter un VETO pour empêcher qu'il fût donné suite à la formule délivrée par le magistrat. Quant à la sentence, le défendeur seul avait intérêt à en paralyser l'effet par un VETO dont le caractère était purement négatif (Cic., *in Verrem*, IV, 65).

A Rome, les audiences du magistrat et celles du juge étaient publiques. C'était ordinairement dans le *forum* que siégeait le tribunal; mais le magistrat avait la faculté de choisir un autre lieu, alors qu'il le jugeait convenable. Le juge pouvait s'adjoindre des assesseurs chargés de l'assister de leurs lumières. Après avoir pris leur avis, il prononçait la sentence, sans être tenu de s'y conformer (Tite-Live, XXIII, 32; — Cic., *pro P. Quintio*, 2, 6 et 8; *pro Plautio*, 38).

Dans les provinces, le magistrat allait lui-même tenir les assises dans les principales villes de son ressort (ff. *de judiciis*; — Cic., *ad Att.* v, 14; Tite-Live, XXXIV, 48; — Théoph., I, 6, § 4; — Cic., *in Verr.*, II, 29; — Festus, v° *conventus*).

Certains jours seulement étaient consacrés à l'administration de la justice : on les appelait *jours fastes*; les autres jours étaient dits *néfastes* ou fériés. Parmi les jours néfastes, on distinguait les *solemnes* ou réguliers, des *repentinæ* ou extraordinaires. Les premiers comprenaient les fêtes et les vacances ordinaires; les seconds étaient déterminés par le roi, par le consul ou par le préteur, suivant les époques. Il était permis de statuer pendant les jours néfastes réguliers toutes les fois qu'il y avait péril en la demeure et dans les cas de juridiction gracieuse. Pendant les *feriæ extraordinariæ*, le cours de la justice était, au contraire, généralement suspendu (ff. *de feriis*; — L. 26, § 7, ff. *ex quib. causis majores*; L. 3, C., *de dilation.*; — Macrob., *Sat.* I, 16; — Plin., *epist.* VIII, 24; — Aul. Gell. IX, 15; — LL. 1, 3, 4, ff. *de feriis*; — L. 11, § 6, *ad legem Juliam, de adulteriis coercendis*; — L. 8, C., *de dilation.*).

CHAPITRE II.

ORGANISATION JUDICIAIRE SOUS LE SYSTÈME FORMULAIRE.

SECTION I. — *Magistrats.*

Toutes les magistratures que nous venons de parcourir furent conservées avec leur juridiction. Le nombre des préteurs fut augmenté : au temps de Pomponius, on en comptait dix-huit à Rome. Le préteur *tutelaris* (chargé de la nomination des tuteurs) et le préteur *fideicommissarius* (investi du droit de veiller à l'exécution des fidéicommis) prirent place à côté du *prætor urbanus* et du *prætor peregrinus*. Les consuls reprirent quelque chose des attributions conférées aux préteurs; ainsi ils participèrent avec eux aux nominations des tuteurs et à la connaissance des fidéicommis. — L'empereur était le chef suprême de l'État. Il exerçait le pouvoir législatif au moyen des *édits*, qui prirent le nom de *constitutions*. Il exerçait la juridiction au moyen des *rescrits* ou décisions rendues sur des questions particulières, mais sans que l'empereur eût pris connaissance des faits, indiquant seulement aux magistrats ou aux juges le parti qu'ils devaient adopter dans une hypothèse qui leur était soumise, et au moyen des *décrets*, qui étaient de véritables jugements. Le nom de *constitution* était, du reste, applicable aux rescrits et aux décrets, aussi bien qu'aux édits. — Le préfet de la ville et le préfet du prétoire furent institués avec une juridiction spéciale. Le préfet de la ville, magistrat temporaire sous la république, devint permanent sous Auguste. Il connaissait des causes criminelles et de tout ce qui concernait la police. Sa juridiction s'étendait sur Rome et dans

Cicéron, *pro Roscio*, 4 et 5, et Gaïus, § 171, nous apprennent que, relativement à l'action *certæ creditæ pecuniæ*, la sponsion était du tiers de la somme en litige, et qu'elle était de la moitié

---

un rayon de cent milles. Il statuait principalement sur les plaintes des esclaves contre leurs maîtres, et, réciproquement, sur celles des patrons contre leurs affranchis, et sur les *appels* formés contre les décisions des préteurs. Il rendait des interdits et pouvait organiser un *judicium*. — Les préfets du prétoire (d'origine impériale, au nombre de deux sous Auguste), tirés de l'ordre des chevaliers, n'étaient d'abord que de simples capitaines des gardes. Ils en vinrent à cumuler l'autorité militaire avec les autorités judiciaire et administrative. Leurs arrêts étaient sans appel, comme ceux de l'empereur lui-même. Leur autorité embrassait tout le territoire de l'empire (L. 2, § 32, ff. *de origine juris*; — *Instit.*, *de jure naturali et gentium et civili*, § 6; — texte, com. 1er, § 5; — LL. 1 et 2, *de offic. præfect. urb.*).

Adrien divisa l'Italie en quatre départements, sous la direction de quatre *consulaires*, à l'exception d'un district qui fut soumis à la juridiction immédiate du préteur urbain. Marc-Aurèle remplaça les *consulaires* par les *juridici*, qui exercèrent la même puissance jusqu'à Aurélien, qui plaça un *corrector* à la tête de l'Italie. Les duumvirs furent conservés comme magistrats municipaux; mais ils n'eurent plus l'*imperium*, si ce n'est quant à la partie inhérente à la *jurisdictio*, c'est-à-dire qu'ils conservèrent la *mulctæ datio* et la *pignoris capio*; ils ne purent plus juger qu'à charge de l'appel, qui se portait devant le préteur de Rome ou devant le lieutenant impérial du district. — Les lieutenants impériaux et le préteur urbain connaissaient des appels des jugements rendus par les magistrats municipaux du district, et de toutes les causes enlevées à ces derniers, mais à charge d'appel devant l'empereur, le préfet de la ville ou celui du prétoire. Ils avaient exclusivement l'*imperium* (L. 26, ff. *ad municipalem*; *Fragm. Vatic.*, § 232; L. 41, § 5, ff. *de liber. causâ*).

Les provinces, divisées par Auguste en provinces du peuple et en provinces de l'empereur, avaient à leur tête des gouverneurs, sous les noms de proconsuls, propréteurs, lieutenants de César, présidents, préfets. Les gouverneurs avaient un pouvoir souverain et absolu dans leur province, et n'avaient de supérieur que l'empereur. Ils réunissaient en leur personne toutes les branches de juridiction. L'Égypte était gouvernée par un *præfectus augustalis*, ayant des pouvoirs semblables à ceux des gouverneurs des autres provinces (ff. *de officio procons. et de officio præsidium*; *de offic. præfect. augustalis*).

SECTION II. — *Juges.*

On continua de prendre le juge unique dans certaines catégories. Seulement, par suite d'une loi de transaction portée par Aurélius Cotta en l'an 684 de Rome, il ne fut plus choisi exclusivement parmi les patriciens. Dès cette époque, on distingua trois classes de juges : la première était composée de sénateurs, la deuxième de chevaliers, et la troisième de tribuns du trésor. Cette dernière fut composée, sous Antoine, de militaires, sans égard au cens qu'ils payaient. Auguste fit une quatrième classe de personnes pouvant être choisies pour juges; elle était composée de gens ne payant qu'un faible cens; enfin, Caligula en créa une cinquième (Cic., *in Verrem*, II, 71; III, 96; V, 69; — *Philipp.*, I, 8; V, 5; — Asconius, *ad Ciceronem, in Pison.*, 39; *in Cæcil.*, 3; *pro Cornelio, in fine*; — Tacite, *Annal.* XI, 22; — Suéton., *Octav.*, 32; *Caligula*, 16). Dans l'origine, le nombre des jurés parmi lesquels les parties pouvaient choisir un juge était de trois cents; sous Auguste, il fut porté à mille, et, du temps de Pline, à plusieurs milliers (Cic., *epistol. ad Div.*, VIII, 8; *ad Attic.*, VIII, *epist. ultim.*; — Pline, *Hist. natur.*, XXXIII, 7). — L'arbitre ou les arbitres continuèrent à être choisis comme sous le premier système. La connaissance des actions de droit strict était réservée au *judex*; les actions de bonne foi étaient soumises à des arbitres (Cic., *pro Quinto Roscio*, 4 et 9; — Zimmern, § 17; — Etienne,

relativement à l'action de constitut. La *sponsion légitime* était obligée pour les parties, comme le prouvent les §§ 13, 91, 162, 165 et suiv., au lieu qu'elles pouvaient y avoir recours ou s'en

---

Inst. expl., t. II, p. 348). Le tribunal des centumvirs se soutint jusqu'à l'établissement de la procédure extraordinaire, mais il alla toujours en déclinant (Bonjean, § 89, et Zimmern, § 16; — Walter, p. 8 et suiv.).

Une nouvelle classe de juges se développa sous ce système, celle des récupérateurs. Ils différaient des juges et des arbitres en ce qu'ils n'étaient pas pris dans des catégories, mais pouvaient, au contraire, être choisis indifféremment parmi les citoyens romains ou parmi les pérégrins. Les personnes qui se trouvaient présentes étaient ou pouvaient être désignées. On avait recours aux récupérateurs dans les causes urgentes, ou pour des affaires de peu d'importance. Ils connaissaient des actions réelles et des actions personnelles, mais plus particulièrement de la possession. Peut-être, dit M. Bonjean (*Encyclop. cathol.*, v° *action*, p. 285), les *recuperatores* étaient-ils chargés alors non-seulement de juger le différend, mais encore de mettre leur décision à exécution, en rétablissant par la force celui qui avait été dépouillé de sa possession. Leurs fonctions avaient, suivant M. Zimmern, quelque analogie avec celles de nos juges de paix. — Observons que les contestations entre étrangers étaient toujours soumises à des récupérateurs. Ils ne pouvaient juger qu'au nombre de trois; souvent ils étaient cinq (Tite-Live, XXVI, 48; — Cic., *in Verr.*, III, 12 et 60; — Pline, *epist.* III, 20; — Etienne, *Inst. tr. et expl.*, p. 322; — Zimmern-Etienne, p. 100; — Bonjean, §§ 80 et suiv.; — Walter, p. 7).

Dès le temps d'Auguste, il fut admis qu'on pourrait s'adresser à un juge supérieur à l'effet de faire réformer la sentence rendue par celui qui était d'un ordre moins élevé, et de substituer une décision nouvelle à celle qui était frappée d'appel (Tacit., *Annal.* XIV, 23; — L. 38, ff. *de minorib.*; — Suéton., *Octav.*, 33; *Caligul.*, 16; *Nero*, 17). En principe, toute sentence, soit définitive, soit interlocutoire, était susceptible d'appel, sauf dans les affaires urgentes, dans les interdits, dans les envois en possession des biens des héritiers, dans les questions relatives à l'ouverture des testaments. Les jugements fondés sur un serment ou sur un aveu judiciaire, ceux rendus contre les contumaces, et toute décision ayant acquis force de chose jugée, échappaient également à l'appel (L. 1, § 2, ff. *de appell.*; — L. 7, *ib.*; — Paul, *Sentent.*, v, 34, §§ 1 et 2; 35, § 2; — L. 26, C. Théod., *quor. appel.*; L. 28, § 1, ff. *de appell.*; L. 23, § 3, *ib.*; L. 73, § 3, ff. *de judic.*; L. 4, ff. *de appell.*). Il en faut dire autant pour toute cause où l'appel était purement dilatoire (Paul., *Sentent.*, v, 25, § 2).

C'était au magistrat du degré immédiatement supérieur à celui qui avait rendu une sentence qu'on devait régulièrement s'adresser pour en obtenir la réformation. Toutefois, si, par erreur, on avait franchi un degré, l'appel n'en était pas moins recevable. On n'avait pas limité à un seul appel le droit accordé à un plaideur de demander la substitution d'une sentence nouvelle à celle qui faisait grief. Ce fut Justinien qui limita à deux appels et à trois degrés de juridiction les phases qu'une action pourrait subir (L. 1, § 3; L. 21, § 1, ff. *de apell.*; L. *unic.*, au Cod., *ne liceat in unâ eâdemque causâ tertio provocare*). Il était permis d'appeler au magistrat rédacteur de la formule, de la sentence rendue par le juge qu'il avait constitué. Le président ou le recteur de la province connaissait des appels des magistrats municipaux (L. 3, ff. *quis à quo*; L. 1, *pr.*, *ib.*).

Sous le système formulaire, l'usage s'établit, ou plutôt se consolida pour les magistrats et pour les juges de se faire assister par des conseillers ou *assesseurs*, qui n'avaient pas voix délibérative, il est vrai, mais dont les lumières étaient fort utiles au magistrat ou au juge qui n'était pas jurisconsulte. L'empereur lui-même, quand il jugeait, s'entourait d'assesseurs. On appelait *auditorium* le lieu où l'empereur statuait sur les affaires privées, entouré de ses conseillers, par opposition au *consistorium*, réunion consacrée aux affaires administratives. Les préfets avaient un *auditorium*,

passer relativement aux réclamations de propriété. Si nous recherchons quelle liaison pouvait exister entre les *sponsions* et les genres d'actions, nous voyons que la *sponsion légitime*

---

ainsi que les gouverneurs des provinces (Cic., *pro Plautio*, c. 38; — Tacit., *Ann.*, I, 75; — Amm. Marc., XIV, 7; XV, 5; XXVIII, 1; — Suétone, *Aug.*, 35; — L. 22, ff. *ad S.-C. Trebell.*; L. 17, *ib.*, *de jure patron.*; L. 79, § 1, ff. *de judiciis*; — Aul. Gell, *Noct. attic.*, XIV, 2).

Tout ce que nous avons dit *suprà*, au sujet des audiences et des jours consacrés à l'administration de la justice, est applicable sous le système formulaire.

CHAPITRE III.

ORGANISATION JUDICIAIRE SOUS LE TROISIÈME SYSTÈME.

Sous Constantin, la différence entre le *jus* et le *judicium* disparut. Il n'y eut plus lieu nécessairement à la dation d'un juge, ni à la rédaction d'une formule. L'assignation était donnée directement à l'adversaire devant l'autorité compétente, par dénonciation au greffe. Le magistrat faisait notifier la dénonciation à la partie assignée et jugeait lui-même l'affaire. — Toutefois, au cas de multiplicité des affaires, le magistrat pouvait renvoyer devant les juges inférieurs la connaissance des causes de moindre importance; mais ils jugeaient sans formule (L. 2. C., *de formulis*; LL. 2 et 5. C., *de pedaneis judicibus*; — Novell. 82, cap. 1; C. Théodos., lib. II, tit. IV et tit. III, L. 1).

L'empire était divisé en quatre grandes préfectures, à la tête de chacune desquelles était un préfet du prétoire : c'étaient l'Orient, l'Illyrie l'Italie, les Gaules. Chaque préfecture était divisée en diocèses, administrés par des *vicarii*. L'Orient comprenait cinq diocèses, formant quarante-huit provinces; l'Illyrie, deux diocèses, divisés en onze provinces; l'Italie, trois diocèses, partagés en vingt-neuf provinces; les Gaules, trois diocèses, formant vingt-neuf provinces. Chacune de ces provinces était gouvernée par un *rector* ou *præses*. Rome conserva seule son organisation particulière, et Constantinople fut organisée à l'instar de Rome ; ainsi chacune de ces deux capitales avait un préfet de la ville et un préteur urbain (C., *de officio præfecti urbi; de officio prætorum: de officio rectoris provinciæ*).

L'empereur était juge souverain en dernier ressort pour tout l'empire. Il était assisté d'un conseil. — Les préfets du prétoire et de la ville connaissaient aussi en dernière instance et comme remplaçant l'empereur. Mais Constantin leur ayant retiré le pouvoir militaire pour le confier à des *magistri militum*, ils ne conservèrent plus que le pouvoir civil. A Rome, le préteur urbain conserva la juridiction ordinaire, quoique restreinte. A Constantinople, le préteur statuait sur les procès intéressant la liberté, sur les restitutions en entier, les nominations de tuteurs, l'aliénation des biens des pupilles, les affranchissements et les émancipations. Le *præses* ou *rector* de la province était le juge ordinaire des affaires civiles; il connaissait aussi des appels des sentences rendues par les magistrats locaux (LL. 3, 4, 5 et 9, C. Théodos., *de rep. app.*; 40, 44, 48 et 67, *ib.*, *de appell.*; 1 et 3, C. Théodos., *de offic. præf. urbani*; ff. *de officio prætor.*; *ib.*, *de jurisdictione*; C., *de offic. præt.*; L. 1 à 6, C. Théodos., *de offic. rector. prov.*; 1 et 3, *de rep app.*).

Il nous suffira d'énoncer certaines magistratures locales qui, à Rome et à Constantinople, étaient établies pour connaître d'affaires toutes spéciales: ainsi, à Rome, le *præfectus annonæ* avait juridiction sur les marchés publics, comme autrefois les édiles ; le *prætor tutelaris* était chargé du soin de donner des tuteurs, et le *præfectus vigilum* chargé de veiller pendant la nuit à la sûreté de la ville (C., *de offic. præf. annon.*; *de offic. præfecti vigilum*; ff. *de offic. præf. vigilum*). A Constantinople, au-dessous du préfet de la ville et du préteur urbain, étaient les *defensores civitatum*, chargés d'abord de protéger les cités provinciales contre les lieutenants de l'empereur. Sous Valence et Valentinien, ils reçurent les actes judiciaires et

naissait de l'action personnelle, et la *sponsion volontaire* de l'action réelle, c'est-à-dire des deux genres d'actions que tous les jurisconsultes reconnaissent. Mais, comme certaines *sponsions* étaient pénales, tandis que d'autres ne l'étaient pas, quelques jurisconsultes voulaient trouver un troisième et un quatrième genre d'actions correspondant aux troisième et quatrième genres de *sponsions*. Gaïus reconnaissait bien qu'il y avait des actions pénales et d'autres qui ne l'étaient pas; mais il observait que ce n'était là qu'une subdivision des actions; car toutes les actions pénales étaient également personnelles, et la plupart des actions non pénales étaient réelles. On peut dire également que les *sponsions* pénales rentraient toutes dans les *sponsions* légitimes (ou personnelles), tandis que les *sponsions* non pénales étaient le plus souvent volontaires (ou réelles). Toujours est-il que la critique de Gaïus était bien fondée.

La division capitale des actions est celle qui distingue les actions réelles des actions personnelles.

Elle tient à la nature même des choses, à des raisons intrin-

---

purent juger les affaires n'excédant pas 50 solides. Justinien étendit leur compétence à 300 solides, et leur attribua le droit de nommer des tuteurs aux pupilles peu fortunés. Ce prince restreignit à deux ans la durée de leurs fonctions qui, temporaires dans le principe, avaient été fixées à cinq ans. Le lieutenant de l'empereur connaissait de l'appel de leurs sentences (LL. 1, § 2; 16, § 3; 18, § 3; ff. *de muneribus*; LL. 1 et 4, C., *de defensoribus*; — Novell. 15, c. 1 et 5).

Des *judices pedanei*, ou juges inférieurs, furent institués sous cette période de la procédure. Le président de la province avait le droit d'en établir. Zénon en attacha un certain nombre à chaque prétoire. Justinien en fit un collége permanent, et limita leur juridiction à 300 solides (LL. 4 et 5, C., *de pedan. judic.*; Novell. 82, c. 1 à 5).

L'appel fut admis par Justinien pour toute sentence, soit principale, soit accessoire; mais cet empereur porta une amende de 50 livres d'argent contre tout appelant d'un jugement interlocutoire ou sur incident, s'il formait son appel avant que la sentence définitive eût été rendue. Théodose avait déjà défendu, sous une peine sévère, les appels des jugements interlocutoires ou préparatoires (L. 36, C., *de appel.*; L. 16, C., *de judic.*; L 10, C., *quando prov.*; — Nov. 82, c. 10; — LL. 2 et 25, C. Théod., *de appel.*; LL. 1 et 2, *ib.*, *quor. appell.*).

Constantin ayant interdit l'appel à l'égard des sentences émanées du préfet du prétoire, la *supplique au prince* fut introduite pour suppléer à cette voie de droit. Avant Justinien, la *supplicatio* n'avait point d'effet suspensif (L. 19, C., *de appellat.*; — Novell. 119, c. 5).

Sous ce système, ce n'était plus au *forum* que se rendait la justice. Le magistrat siégeait dans des salles où le public était admis pour la publicité des audiences. Les délibérations entre le magistrat et les *officiales* étaient néanmoins secrètes: elles avaient lieu derrière des *vela*. On appelait *secretarium* l'endroit de la salle consacré aux délibérations (L. 2, C. Théod., 1, 7).

sèques, et n'est point exclusivement propre au système formulaire. Elle est essentielle à tous les systèmes, car toujours ou nous réclamons en justice un droit absolu sur une chose, ou nous poursuivons ce qui nous est dû par tel ou tel. Sous les actions de la loi, l'action *sacramenti,* tant qu'elle exista seule, avait une procédure distincte, suivant que le demandeur tendait à la reconnaissance d'un droit réel ou la poursuite d'une obligation; la *judicis postulatio* et la *condictio* furent créées pour la réclamation des droits personnels. Un tribunal eut connaissance des droits réels (le tribunal des centumvirs), tandis qu'un juge privé statuait sur les questions d'obligations (p. 459, note).

§ 2. In personam actio est, quoties cum aliquo agimus, qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est, id est, quum intendimus dare, facere, præstare oportere.

§ 2. L'action est personnelle toutes les fois que nous agissons contre quelqu'un qui est obligé envers nous, soit par un contrat, soit par un délit, c'est-à-dire lorsque nous prétendons qu'il faut donner, faire ou fournir.

L'action personnelle est celle par laquelle nous prétendons que quelqu'un est *obligé* envers nous, soit par un contrat, soit par un délit, c'est-à-dire lorsque nous prétendons qu'il faut donner, faire ou fournir. — On verra, sous le § 5, comment on subdivisait les actions personnelles.

§ 3. In rem actio est, quum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi-fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi vel altius tollendi vel prospiciendi. Item actio ex diverso adversario est negativa.

§ 3. L'action est réelle lorsque nous prétendons qu'une chose corporelle est nôtre, ou qu'un droit quelconque nous compète : comme un droit d'usage, d'usufruit, de passage, de conduite, d'aqueduc, d'élever plus haut ou de prospect. De même, à l'inverse, notre adversaire a également contre nous une action réelle négatoire.

L'action est réelle lorsque nous soutenons qu'une chose corporelle est nôtre, ou qu'un droit absolu nous compète, par

exemple un droit d'usage, d'usufruit, de passage, de conduite, d'aqueduc, d'élever plus haut ou de prospect. Cette action ne suppose qu'une personne sujet du droit et une chose objet de ce droit, abstraction faite de toute autre personne que nous dirions tenue envers nous d'une obligation. En d'autres termes, l'action est réelle alors que nous réclamons un droit absolu sur une chose, indépendamment d'un fait quelconque dont nous prétendrions notre adversaire tenu envers nous (texte, *hìc; —* L. 25, ff. *de oblig.; Instit.*, *de action.*, § 1). — *V.*, au § 5, les différentes actions réelles qui avaient reçu un nom particulier.

§ 4. Sic itaque discretis actionibus certum est *non* posse nos rem nostram ab alio ita petere, SI PARET EUM DARE OPORTERE : nec enim quod nostrum est, nobis dari potest, quum solum id dari nobis intelligatur, quod nostrum fiat; nec res quæ nostra, *nostra* amplius fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures ex hac actione etiam teneantur : SI PARET EOS DARE OPORTERE; quamvis sit etiam adversus eos hæc actio qua rem nostram esse petimus.

§ 4. D'après cette division des actions, on voit que nous ne pouvons pas réclamer de quelqu'un notre chose en ces termes : S'IL APPERT QU'IL DOIT DONNER; car on ne peut pas nous donner ce qui nous appartient, puisque par *donner* nous entendons transférer la propriété, et qu'une chose qui est nôtre ne peut pas nous être transférée de nouveau. Cependant, en haine des voleurs, pour qu'ils soient soumis à un plus grand nombre d'actions, on a voulu qu'outre la peine du double ou du quadruple, ils soient tenus encore par cette action tendant à faire recouvrer la chose : S'IL APPERT QU'ILS DOIVENT DONNER. Cette action n'a pas aboli l'action réelle qu'on a contre eux, et par laquelle nous demandons la chose comme nôtre.

De cette division des actions il résulte qu'en droit romain on ne pouvait pas agir par action réelle, en soutenant que l'adversaire était tenu envers le demandeur, car on ne pouvait pas *donner* à celui-ci ce qui lui appartenait déjà, puisque par

donner on entendait *transférer la propriété.*—Rappelons que la *condiction* et la *revendication* ne pouvaient être cumulées (C. 3, sous le § 208).

On verra que, sous le système formulaire, cette différence essentielle entre les actions réelles et les actions personnelles en nécessitait une dans la rédaction des formules, différence qui se trouvait dans l'*intentio*, où le demandeur exprimait sa prétention. Aussi, matériellement, la formule de l'action réelle se distinguait de celle de l'action personnelle, en ce que, dans l'*intentio* de la première, le demandeur ne nommait pas son adversaire, au lieu que, dans celle de l'action personnelle, le nom du défendeur était nécessairement inséré. Nous avons des exemples de cette différence de rédaction dans toutes les formules du droit romain qui nous sont parvenues (*infrà*, §§ 34 à 41).

Si le défendeur n'était pas et ne pouvait pas être nommé dans l'*intentio* de la formule, il l'était au contraire dans les autres parties, notamment dans la *condemnatio*, qui, portant nécessairement sur une somme pécuniaire à fournir, devait s'adresser directement au défendeur (texte, § 43).

Sous ce système, la dénomination d'*actio in rem* tient précisément à ce que l'*intentio* de la formule était dirigée *in rem*, sur le droit lui-même, tandis que l'action *in personam* était au contraire, dans son *intentio*, dirigée contre le défendeur qu'on prétendait obligé. C'est dans le même sens qu'on distinguait des exceptions *in rem*, pour désigner une disposition générale, sans acception de personnes, et des exceptions *in personam*, quand elles tendaient à établir un fait attribué à une personne (L. 2, §§ 1 et 2; — L. 4, § 33, ff. *de doli mali except.*).

De ce que l'*intentio* de l'action réelle était rédigée généralement et tendait directement au droit absolu, des interprètes modernes en ont conclu que l'action réelle était celle qui s'attachait à la chose et se donnait contre tout possesseur de cette chose, tandis que l'action personnelle était celle qui restait attachée à la personne, et ne se donnait jamais contre une autre personne que celle qu'on prétendait obligée. C'était là une erreur évidente, et qui est généralement abandonnée aujourd'hui. En effet, il résulte d'un fragment de Paul (ff., lib. VI,

tit. I; — L. 27, § 3) que l'action réelle pouvait être exercée, en certains cas, contre le non-possesseur, tandis que, d'autre part, plusieurs actions personnelles se donnaient contre tout possesseur : telles étaient l'action *ad exhibendum*, l'action *quod metûs causâ*, et les actions *noxales* (L. 3, § 15, ff. *ad exhibend.*; — L. 14, § 3, ff. *quod metûs causâ*; — *Instit.*, *de action.*, § 27 ; — *de noxal. act.*, § 5 ; — Du Caurroy, t. II, p. 365).

Mais s'il n'est pas absolument vrai que le caractère distinctif et essentiel de l'action réelle consiste en ce qu'elle peut s'exercer contre tout possesseur de l'objet litigieux, il faut toutefois reconnaître que presque toujours le *jus in re* suit tout détenteur, et peut être exercé contre lui, à la différence du *jus obligationis*, qui, en principe, s'exerce contre celui-là seul qui est obligé et contre ceux qui le représentent, sauf certains cas dans lesquels, par exception, il peut être poursuivi contre les tiers. Aussi dirons-nous avec M. Etienne, qui nous paraît avoir sainement résumé la théorie des droits réels et des droits personnels : « Le droit réel peut s'exercer (en principe) contre qui que ce soit..... Le caractère essentiel du droit réel consiste en ce que celui à qui il compète est autorisé à produire des actes sur l'objet de son droit, à disposer de la chose en maître, tandis que le droit personnel a pour caractère spécial de tendre immédiatement à contraindre une personne dans sa volonté, à lui faire produire des actes. Le droit réel doit être respecté par tous ; celui qui le violerait s'exposerait à une poursuite ; mais l'obligation n'est encourue que par cette violation, n'est qu'un accident qui peut se réaliser ou ne point se réaliser ; le droit réel en est indépendant ; son objet immédiat est la disposition de la chose. Le droit personnel, au contraire, a pour objet immédiat l'obligation d'une personne déterminée ; il ne naît qu'à cause de cette obligation. Le premier est un droit *absolu*, le second est un droit *relatif*. »

L'utilité de la division des actions en réelles et en personnelles consiste en ce que, dans les premières, il suffit d'établir que le droit revendiqué appartient au demandeur, au lieu que, dans les secondes, prouver qu'on est créancier, sans établir aussi qu'on l'est de telle personne déterminée, ce ne serait arriver à aucun résultat.

§ 5. Appellantur autem in rem quidem actiones vindicationes; in personam vero actiones, quibus dari fierive oportere intendimus, condictiones.

§ 5. On appelle *vendications* les actions réelles, et *condictions* les actions personnelles par lesquelles nous prétendons qu'il faut donner ou faire.

Le nom de *vindicatio* servait généralement à désigner l'action réelle, tandis qu'on appelait *condictio* l'action personnelle. *Petitio* s'employait aussi comme synonyme de *vindicatio* (LL. 25 et 28, *pr.*, ff. *de obligat. et action.*; — L. 178, § 2, ff. *de verb. significat.*). — Quand le magistrat statuait *extra ordinem*, l'action, qu'elle fût réelle ou personnelle, prenait le nom de *persecutio* (LL. 28 et 178 citées).

Toutefois, plusieurs actions réelles recevaient un nom particulier : ainsi on disait la *petitio hæreditatis*, l'*actio publiciana*, l'*action contraire à la publicienne*, la *paulienne*, la *servienne*, la *quasi-servienne* ou hypothécaire. Une certaine classe d'actions réelles était celle des actions *préjudicielles*.

En outre, quand l'action réelle avait pour objet la réclamation d'un droit d'usufruit ou de servitude prédiale, elle prenait le nom d'*actio confessoria* ou affirmative (L. 2, *pr.*, ff. *si servitus vindic.*).

L'action confessoire compétait à celui auquel appartenait le droit réel contre toute personne qui mettait obstacle à son exercice, qu'elle fût le propriétaire de la chose assujettie ou un tiers apportant un trouble quelconque à ce droit. Cette action avait pour objet de faire reconnaître la servitude, d'obtenir que l'adversaire s'abstînt à l'avenir de tout trouble, et réparât le dommage antérieur (L. 5, § 1, ff. *si usufructus petatur*; — L. 10, § 1, ff. *si servitus vindicetur*).

Le créancier gagiste et l'emphytéote étaient recevables à agir par l'action confessoire *utile* (L. 16, ff. *de servit.*).

La confessoire pouvait être exercée par le propriétaire, qu'il fût ou non *possessor juris* (L. 5, § 7, ff. *si ususfr. pet.*;—L. 6, § 1, ff. *si serv. vind.*). — Le *possessor* pouvait, en outre, obtenir l'interdit *quod vi aut clam*, qui lui permettait de rétablir les choses immédiatement comme elles étaient au moment de son action (M. Demangeat, t. II, p. 491).

Dans les cas de contestations sur des droits réels, simples

démembrements de la propriété, celui qui déniait qu'un tiers eût un de ces droits sur sa chose avait de son côté, pour en empêcher l'exercice, une action réelle qu'on appelait *négatoire*. On conçoit l'utilité de cette action, si l'on remarque que, dans la formule négatoire, on affirmait qu'on avait la propriété exempte du droit prétendu, ce qui revenait à la revendication de la fraction que l'adversaire soutenait en être détachée (L. 2, *pr.*, ff. *si servitus vindic.*; — L. 4, *ib.*, § 7). Cette utilité ressort bien davantage en présence des termes de la formule de l'action réelle (*vindicatio*), dans laquelle le demandeur se bornait à réclamer sa chose, sans que sa prétention impliquât qu'elle était libre de droit réel au profit des tiers; d'où il faut conclure que la formule ordinaire était insuffisante pour protéger le propriétaire dans ces circonstances, ce qui justifie complétement la création de la *négatoire*.

Mais l'action négatoire n'était pas accordée seulement au possesseur troublé par un tiers qui prétendait une servitude sur son fonds; elle se donnait également au propriétaire qui avait la possession *libre* et qui voulait établir contre son voisin que ce dernier n'avait aucun droit réel qui grevât sa propriété (*V.* L. 5, § 7, ff. *si ususfr. petat.*; — L. 6, § 1, *si servitus vindic.*).

De même, l'action confessoire pouvait être intentée par celui-là même auquel on ne contestait pas la servitude qu'il demandait à exercer sur un fonds assujetti (*ib.*).

L'action en revendication de propriété, au contraire, n'était jamais accordée au possesseur, car sa possession suffisait à le protéger. Il en faut dire autant de la dénégation de propriété qu'un demandeur aurait voulu formuler contre un tiers (L. 1, § 3, ff. *uti possidetis*; — L. 24 et L. 73, *pr.*, ff. *de rei vindicatione*).

La raison de ces différences se tire : 1° en ce qui concerne l'action confessoire, de ce que le propriétaire dont la possession était établie avait en sa faveur les interdits possessoires, ce qui le dispensait d'agir au pétitoire, tandis que la quasi-possession des servitudes n'étant point protégée par les moyens possessoires, il y avait nécessité du recours à l'action réelle *confessoria*, alors même qu'on avait un droit

reconnu à cette quasi-possession; 2° en ce qui touche l'action négatoire, de ce qu'il eût été complétement illusoire d'en faire usage en matière de pleine propriété, puisque prétendre qu'un tiers n'est pas propriétaire d'une chose, ce n'est pas établir qu'on l'est soi-même. Observons, en outre, que les interdits *uti possidetis* et *utrubi* protégeaient la possession sans engager la question de propriété.— Mais si l'on démontrait que telle servitude sur un fonds n'était pas due, on prouvait par là que ce fonds en était libre, ce qui était un résultat utile ; en second lieu, dans l'origine, les interdits ne se donnant pas dans l'intérêt des servitudes, soit prédiales, soit personnelles, on suppléa, par l'action négatoire, à ce moyen, au profit de celui dont le fonds était en sa possession, quant à la propriété, mais qui voulait aussi établir qu'il était *libre* de droits réels. L'action négatoire fut maintenue quoique, par la suite, les interdits eussent été étendus aux servitudes (L. 20, ff. *de servitut.*; — *Inst.*, § 2, *de act.*; — *Frag. Vat.*, §§ 90 et 91 ; — Du Caurroy, n° 1184 ; — Gaslonde, *Thèse de licence*, Paris, 13 août 1836; — MM. Bonjean, § 280, et Demangeat, t. II, p. 490).

Quelle preuve exigeait-on du demandeur à l'action confessoire ou négatoire qui actionnait son adversaire, à l'effet d'établir soit que telle servitude dont il voulait assurer l'exercice au possessoire était dans son patrimoine, soit que telle autre servitude n'appartenait pas à ses voisins, parce que son fonds était libre? — Les textes ne sont pas explicites sur ce point. Toutefois il est permis de penser, avec M. Bonjean, que le demandeur n'était pas nécessairement tenu d'établir la preuve de sa prétention; la raison de cette opinion vient : 1° de ce qu'il ne voulait que le maintien des choses dans l'état où elles étaient au moment de l'introduction de son action; 2° et en outre, en ce qui concerne l'action négatoire, de ce qu'un fait négatif est souvent impossible à prouver. On peut prétendre, en s'appuyant sur une décision d'Ulpien, que, toutes les fois que ce demandeur tendait à faire réprimer un fait consommé, il devait faire sa preuve, tandis qu'il en était dispensé dans le cas contraire (Ulpien, L. 8, § 3, ff. *si servitus vindicetur* : « *Sed si quœritur quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est*

possessoris partes sustinere, SI QUIDEM TIGNA IMMISSA SINT, *eum qui servitutem sibi deberi ait; si vero non sunt immissa, eum qui negat.* »— *V.* aussi L. 6, § 1, *ib.*). — M. Demangeat, t. II, p. 497, enseigne, cependant, que c'est toujours au demandeur à faire la preuve.

Malgré l'affirmation du texte de Justinien, où cet empereur dit que l'action négatoire n'existait pas dans les contestations de propriété des choses corporelles, les commentateurs ont fait de vains efforts pour découvrir un cas où elle s'appliquait même pour ces sortes de contestations. M. Du Caurroy a cru trouver ce cas unique dans celui du propriétaire qui, attaqué par la publicienne, repoussait cette action par l'exception *justi dominii*. Or ce cas est on ne peut plus mal trouvé, puisqu'en effet la position du propriétaire qui opposait l'exception *justi dominii,* et qui était tenu de la prouver, était la même que celle de toute partie faisant valoir un moyen de défense, et qui était toujours obligée d'en établir le fondement, ce qui a fait dire : *Reus fit actor excipiendo* (L. 1, ff. *de except.*).

Du reste, la fin du § 2 du titre VI, liv. IV des *Instit.*, d'où l'on a voulu conclure qu'il existait un cas où l'action négatoire était employée en matière de propriété, parle expressément d'une *action*, et l'explication de M. Du Caurroy ne nous fournirait qu'un cas d'exception, ce qui établit clairement qu'elle doit être rejetée. — Nous aimons mieux ne voir dans la fin du paragraphe, avec M. Ortolan et beaucoup d'autres commentateurs, que la répétition surabondante de ce qui avait été dit en tête du paragraphe, c'est-à-dire qu'il n'existait *qu'un cas* (celui relatif aux contestations de droits réels autres que le droit de propriété) où l'action négatoire fût en usage. Toutefois M. Demangeat, t. II, p. 509, voit le cas unique dont s'agit dans la dénonciation de nouvel œuvre faite à celui qui entreprenait un travail, contrairement à une possession existante. Par cette *nuntiatio,* je renonce, dit l'auteur cité, à tous moyens possessoires qui m'appartenaient, et il faudra que j'intente la revendication, ou l'action négatoire, ou l'action confessoire, et que je prouve que le voisin n'a pas le droit de faire l'ouvrage entrepris.

Nous avons déjà dit que le nom de *condictio* servait géné-

ralement à désigner les actions personnelles. Mais il ne les comprenait pas toutes : il ne s'appliquait qu'à celles dont l'*intentio* se référait aux obligations de donner ou de faire, laissant en dehors celles qui consistaient à fournir toute autre prestation *(præstare)* (texte, *hìc*).

Il résulte de cette limitation de la *condictio* qu'elle ne comprenait ni les actions *in factum*, ni les actions *in jus* de bonne foi, puisque, dans les unes et dans les autres, il y avait lieu à des prestations autres que l'obligation de donner ou celle de faire. La *condictio* ne désignait donc que des actions de droit strict : ajoutons qu'elle ne les comprenait pas toutes.

Nous voyons en effet que, chaque fois que la loi ou le droit prétorien avaient établi une action spéciale, ils lui avaient attaché un nom particulier, soit que cette action fût de bonne foi, soit qu'elle fût de droit strict. Ainsi on disait l'action *furti*, l'action *ex lege Aquiliâ*, l'action d'injures, l'action exercitoire, l'action *quod jussu*, l'*institoire*, l'action *de peculio*, etc., comme on disait l'action *pigneratitia*, les actions *empti*, *venditi*, *conducti*, *locati*, *pro socio*, *mandati*, *contraria mandati*, *tutelæ*, *contraria tutelæ*, etc.

Quand le système formulaire fut arrivé à un certain développement, on introduisit d'autres actions personnelles tendant à la dation d'une chose incertaine, et auxquelles on donna aussi le nom de *condictiones*.

Il en fut de même pour le cas où, au lieu d'une obligation de donner, il s'agissait d'une obligation de faire. On appela *condictio incerti* l'obligation tendant à un *incertum*, par opposition à la *condictio certi* (L. 12, § 2, ff. *de condict. furti;* — L. 3, *de cond. sine causâ;* — L. 40, § *de cond. ind.;* — L. 9, *de reb. cred.;* — *Instit.*, *de oblig.*, *pr.*, *et quib. mod. re contrah.*, et § 6, *de oblig. quasi ex contr.;* — texte, §§ 204 et 213).

En résumé, la *condictio certi* naissait de la stipulation d'une chose certaine, du contrat *litteris*, du legs *per damnationem* d'un *certum*, de la constitution de dot, de la promesse de certains ouvrages faite par l'affranchi à son patron, du *mutuum*, de la dation d'une chose certaine dans un but autre qu'une donation, si ce but n'avait pas été rempli, de toute loi ayant établi une peine déterminée contre l'auteur d'un dommage, et enfin du vol.

La *condictio incerti* s'employait pour contraindre à l'acquittement de son obligation celui qui s'était engagé à constituer un droit d'usufruit, pour la réclamation d'un legs *sinendi modo* ou d'un legs *per damnationem* d'un *incertum*, pour la demande en libération d'une obligation (L. 1, ff. *de condict. ex lege;* — L. 1, §§ 1 et 3, *de condict. sine causâ;* — LL. 1 et 4, *de cond. ob turp. causam;* — L. 9, § 1, *de reb. cred.*).

En dernier lieu, et par opposition aux actions *in rem*, on appelait *condictio* toute action personnelle (L. 1, ff. *de condict. tritic.;* — L. 25, *de oblig. et act.*).

§ 6. Agimus autem interdum ut rem tantum consequamur, interdum ut pœnam tantum, alias ut rem et pœnam.

§ 6. Nous agissons quelquefois dans le seul but d'obtenir la chose, quelquefois dans le seul but de faire prononcer une peine, d'autres fois pour obtenir la chose et faire prononcer une peine.

§ 7. Rem tantum persequimur, velut actionibus ex contractu agimus.

§ 7. Les actions par lesquelles nous ne poursuivons que la chose sont, par exemple, celles qui naissent des contrats.

Les actions qui ne tendaient qu'à la poursuite de la chose étaient appelées *persequendæ rei* (persécutoires de la chose). De ce nombre étaient toutes les actions réelles, et, parmi les actions personnelles, presque toutes celles qui naissaient des contrats ou des quasi-contrats.

§ 8. Pœnam tantum consequimur, velut actione furti et injuriarum, et secundum quorundam opinionem, actione vi bonorum raptorum : nam ipsius rei et vindicatio et condictio nobis competit.

§ 8. Celles par lesquelles nous ne poursuivons qu'une peine sont, par exemple, l'action de *vol* et l'action d'*injures*, et, selon l'avis de quelques auteurs, l'action *des biens ravis par force;* car, relativement à la chose, on nous donne la vendication et la condiction.

On appelait *pénales* les actions qui tendaient à la poursuite d'une peine. En conséquence, toutes les actions qui

naissaient des délits étaient pénales. Toutefois, parmi ces actions, il y en avait qui, outre la poursuite de la peine, tendaient à celle de la chose ou d'une indemnité, et qu'à cause de cela on appelait mixtes. De ce nombre était l'action de la loi Aquilia, lorsqu'elle était intentée au double contre celui qui avait nié, et quelquefois lorsqu'elle était intentée au simple; l'action *vi bonorum raptorum* était également mixte (*Instit.*, *de act.*, §§ 18 et 19).

§ 9. Rem vero et pœnam persequimur, velut ex his causis, ex quibus adversus inficiantem in duplum agimus : quod accidit per actionem judicati, depensi, damni *injuriæ*, *legis Aquiliæ*, *aut* legatorum nomine, quæ per damnationem certa relicta sunt.

§ 9. Nous poursuivons la chose et une peine, dans le cas, par exemple, où nous agissons au double contre celui qui nie : comme dans les actions de *chose jugée*, de *chose payée*, de *dommage injuste*, de la loi Aquilia, ou pour obtenir des legs *per damnationem*.

L'action de dépôt nécessaire, quand elle se poursuivait contre le dépositaire même, était mixte, car elle se donnait au double. De même, dans le cas où un *sponsor* avait payé pour celui qu'il avait cautionné et n'était pas remboursé dans les six mois, il avait contre ce débiteur l'action *depensi*, qui était au double. De même, dans le cas de chose jugée, l'action *judicati* se donnait au double contre le défendeur qui avait nié la condamnation. De même, enfin, l'action *ex testamento* était mixte contre le défendeur qui avait nié un legs *per damnationem* dont il était tenu. Mais, sous Justinien, l'action *depensi* n'existait plus; l'action *ex testamento*, à part le cas où elle tendait à la réclamation d'un legs pieux, était simplement persécutoire; l'action *judicati* était également persécutoire (texte, §§ 25 et 171; — *Instit.*, *eod.*, §§ 17 et 19).

Les trois actions personnelles *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *finium regundorum*, étaient appelées actions mixtes, mais dans un sens autre que celui des actions par lesquelles on poursuivait une chose et une peine. Dans ces trois actions particulières, la formule attribuait au juge le pouvoir d'adjuger la propriété et de prononcer une con-

damnation; il y avait donc pouvoir sur la chose et sur les personnes; et c'est en ce sens seulement que le texte des *Institutes* a pu dire que ces actions étaient *tam in rem quam in personam*. En effet, d'après ce que nous avons dit en définissant l'action réelle et l'action personnelle, on voit qu'une action ne pouvait pas, dans le sens absolu, être à la fois réelle et personnelle, puisque l'*intentio* de l'*actio in rem* ne nommait pas le défendeur, au lieu que celle de l'*actio in personam* le nommait, et qu'on ne peut pas à la fois nommer et ne pas nommer une personne. C'est là ce qui a fait dire à Gaïus : « Nous ne pouvons pas réclamer de quelqu'un notre chose en ces termes : *S'il appert qu'il doit donner.* » — D'ailleurs, Justinien qualifie lui-même d'actions personnelles les trois actions qui nous occupent (L. 1, ff. *finium regundorum* : « *Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est;* » — L. 1, § 1, C., *de annali exceptione, etc.;* — *Instit.*, *de actionibus*, § 20; — Walter, ch. 3, p. 35, trad. Laboulaye; — Ortolan, t. II, p. 534; — Du Caurroy, n° 1236; — Bonjean, *Encycl. cath.*, v° *action*, p. 254 et 255). — M. Etienne, t. II, p. 366, expose la théorie suivante au sujet de la difficulté qui nous occupe : « Les actions mixtes sont des actions personnelles par leur *intentio;* mais au fond, quand on les intente, on veut arriver à la détermination d'un lot ou à la fixation d'une limite à laquelle un adversaire ne peut point consentir : le but est d'être déclaré propriétaire d'un lot ou jusqu'à une limite, au moyen de l'adjudication du juge. Cette adjudication au profit du demandeur a de l'analogie avec la décision consignée dans un *jussus* que rendrait le juge pour constater le triomphe du demandeur, par suite d'une revendication. En effet, par cette adjudication, le demandeur sera déclaré propriétaire, et il le sera devenu sans le consentement ou le fait du défendeur; mais il n'y a là qu'analogie avec le *jussus* de la revendication; et c'est pourquoi le § 20 du titre *de actionibus*, aux *Institutes*, porte : « *Mixtam causam habere videntur tam in rem quam in personam.* » Le caractère réel de cette action n'apparaît pas dans l'*intentio*, mais il se manifeste dans l'*adjudicatio*. C'est par ce motif que l'on rencontre l'*adjudicatio* avec la *condemnatio* seulement dans les trois actions dont il s'agit. »

Ulpien les qualifie de mixtes, en ce sens que chacune des parties y joue à la fois le rôle de demandeur et celui de défendeur (L. 37, § 1, ff. *de oblig. et act.*).

§ 10. Quædam præterea sunt actiones quæ ad legis actionem exprimuntur; quædam *quæ* sua vi ac potestate constant. Quod ut manifestum fiat, opus est ut prius de legis actionibus loquamur.

§ 10. En outre, certaines actions sont dérivées des actions de la loi; les autres existent par leur propre force (sont primitives). Pour rendre cela manifeste, il est nécessaire de parler d'abord des actions de la loi.

Notre auteur est amené à parler incidemment des actions de la loi. Comme beaucoup d'actions formulaires étaient dérivées des premières, il était indispensable de s'occuper de celles-ci. Nous expliquerons, sous le § 30, cette génération du second système d'actions.

§ 11. Actiones quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditæ erant, quia tunc edicta prætoris quibus complures actiones introductæ sunt, nondum in usu habebantur; vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatæ erant, et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. Unde eum *qui* de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum eum rem perdidisse est, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII Tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.

§ 11. Les actions qui étaient en usage anciennement s'appelaient actions de la loi, soit parce qu'elles étaient une création de la loi, puisqu'alors les édits des préteurs, qui, par la suite, introduisirent beaucoup d'actions, n'étaient pas encore en usage; soit parce que ces actions étaient accommodées aux termes des lois elles-mêmes, et, pour cette raison, immuables comme les lois mêmes. C'est pourquoi, à un demandeur à l'action de *vitibus succisis*, il fut répondu qu'il avait perdu son procès pour avoir appelé, dans son action, *vites*, ses vignes, qu'il devait désigner sous le nom d'arbres, parce que la loi des Douze Tables, qui avait introduit l'action de *vitibus succisis*, parlait d'une manière générale des arbres coupés.

§ 12. Lege autem agebatur modis quinque : sacramento, per judicis postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris captionem.

§ 13. Sacramenti actio generalis erat : *de* quibus enim *rebus* ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur. Eaque actio perinde periculosa erat falsi*loquis*, atque hoc tempore periculosa est actio certæ creditæ pecuniæ propter sponsionem, qua periclitatur reus si temere negat, et propter restipulationem, qua periclitatur actor si non debitum petat ; nam qui victus erat summam sacramenti præstabat pœnæ nomine, æque in publicum dabat, prædesque eo nomine prætori dabantur, non ut nunc sponsionis et restipulationis pœna lucro cedit adversario qui vicerit.

§ 12. Il y avait cinq actions de la loi : le *sacramentum*, la *judicis postulatio*, la *condictio*, la *manus injectio*, la *pignoris captio*.

§ 13. L'action *sacramenti* était générale; car, pour toutes les affaires auxquelles la loi n'avait pas attaché d'action spéciale, on agissait au moyen de l'action *sacramenti*. Cette action était funeste aux plaideurs de mauvaise foi, comme, de nos jours, l'action *certæ creditæ pecuniæ*, à cause de la sponsion, qui est perdue pour le défendeur qui nie à tort, et de la restipulation qui est perdue pour le demandeur réclamant une chose indue; car celui qui succombait perdait le montant du *sacramentum*, à titre de peine, et l'abandonnait au trésor public; des cautions étaient données au préteur, à l'effet de garantir le payement du *sacramentum*. De nos jours, au contraire, la sponsion et la restipulation sont accordées, comme bénéfice, à celui qui triomphe.

L'action *sacramenti* étant générale s'appliquait aux droits personnels, comme aux droits réels, pour toutes les affaires auxquelles la loi n'avait pas attaché d'action spéciale. C'est ce que dit implicitement le texte du § 16 : « *Si in rem agebatur.* »

On appelait cette action *sacramenti* à cause du dépôt d'une certaine somme que, dans le principe, chacun des plaideurs remettait dans les mains du pontife, et parce que l'argent consigné par la partie condamnée était confisqué et

employé au besoin du culte, *ad sacra publica* (Festus, v° *sacramentum*; — Varron, *de linguâ latinâ*, 4, 36).

§ 14. Pœna autem sacramenti aut quingenaria erat, aut quinquagenaria; *nam* de rebus mille æris plurisve quingentis assibus, de minoribus *vero* quinquaginta assibus sacramento contendebatur, nam *ita* lege XII Tabularum cautum erat; at *si de libertate* hominis controversia erat, et si pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus sacramento contenderetur, eadem lege cautum est favoris *causa*, *ne satisdatione* onerarentur adsertores. . . .

§ 14. Le montant du *sacramentum* était de 500 as ou de 50 as; car, pour les procès de 1,000 as et au-dessus, la peine était de 500 as; pour une valeur moindre, elle était de 50 as. Ainsi l'avait voulu la loi des Douze Tables. S'il s'agissait d'une contestation relative à la liberté d'une personne, quoique cette personne fût un homme considérable, la loi, en faveur de la cause, voulait que le *sacramentum* fût de 50 as, pour que les *adsertores* ne fussent pas surchargés par leur satisdation.

Dans ce paragraphe, Gaïus nous fait connaître le montant du *sacramentum*. — On sait que l'as valait cinq centimes.

§ 15. . . . . Ad judicem accipiendum venirent; postea vero reversis dabatur XXX judex; idque per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem *non* dabatur judex. Illud ex superioribus intelligimus, si de re minoris quam M æris agebatur, quinquagenario sacramento, non quingenario eos contendere solitos fuisse. Postea tamen quam judex datus esset, comperendinum diem, ut ad judicem venirent, denuntiabant. Deinde quum ad judicem venerant, antequam apud eum *causam* perorarent, solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere : quæ dicebatur

§ 15. *(Le commencement de ce paragraphe est illisible.)*... Ils devaient se représenter pour recevoir un juge, qui leur était donné après trente jours. Ainsi l'a décidé la loi Pinaria (date inconnue), avant laquelle on ne donnait pas de juge. Nous avons dit plus haut que, si l'on agissait pour moins de 1,000 as, le *sacramentum* était de 50 as, et non de 500 as. Après la nomination du juge, les parties arrêtaient de comparaître devant lui au troisième jour. Quand elles étaient en sa présence, avant de défendre leur cause, elles exposaient le plus souvent en peu de mots, et comme pour lui fournir une indication, le

causæ collectio, quasi causæ suæ in breve coactio.

sujet du débat. On appelait cet exposé l'analyse de la cause, comme étant le résumé succinct de l'affaire.

C'est sous le § 17 que nous exposons la procédure suivie pour la mise en exercice de cette action.

§ 16. Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quæ modo in jus afferri adducive possent, in jure vindicabantur ad hunc modum : qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem apprehendebat, velut hominem, et ita dicebat : HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM, SICUT DIXI, ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI ; et simul homini festucam imponebat. Adversarius eadem similiter dicebat et faciebat. Quum uterque vindicasset, prætor dicebat : MITTITE AMBO HOMINEM ; illi mittebant ; qui prior vindicabat : POSTULO, ANNE DICAS, QUA EX CAUSA VINDICAVERIS ; ille respondebat : JUS PEREGI SICUT VINDICTAM IMPOSUI ; deinde qui prior vindicaverat, dicebat : QUANDO TU INJURIA VINDICAVISTI, D ÆRIS SACRAMENTO TE PROVOCO ; adversarius quoque dicebat : SIMILITER EGO TE ; seu L asses sacramenti nominabant. Deinde assequebantur quæcunque in personam agerentur. Postea prætor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est, interim aliquem possessorem constituebat, eumque jubebat prædes ad-

§ 16. Si on agissait *in rem*, on vendiquait ainsi les meubles et les choses qui peuvent se mouvoir, pourvu qu'on pût les apporter devant le préteur : le vendiquant tenait une baguette; il saisissait la chose, un esclave, par exemple, et disait : JE DIS QUE CET HOMME EST DANS MON DOMAINE QUIRITAIRE AVEC SES AVANTAGES : COMME J'AI DIT, JE T'IMPOSE CETTE BAGUETTE ; en même temps, il imposait la baguette sur l'esclave. L'adversaire répétait les mêmes paroles et faisait le même geste. Après cela, le préteur disait : LACHEZ CET HOMME, L'UN ET L'AUTRE. Ceux-ci obéissaient. Le premier vendiquant continuait : JE DEMANDE POUR QUELLE CAUSE TU AS VENDIQUÉ ? L'autre répondait : J'AI EXERCÉ MON DROIT EN IMPOSANT CETTE BAGUETTE. Le premier vendiquant disait : COMME TU AS VENDIQUÉ INJUSTEMENT, JE TE PROVOQUE A 500 AS DE SACRAMENTUM. L'adversaire ajoutait : JE T'Y PROVOQUE ÉGALEMENT : ou bien la provocation était de 50 as de *sacramentum*. Après cela, ils agissaient comme dans une action personnelle. Le préteur accordait ensuite la

versario dare litis et vindiciarum, id est, rei et fructuum : alios autem prædes ipse prætor ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat. Festuca autem utebantur quasi hastæ loco, signo quodam justi dominii : *omnium* enim maxime sua esse credebant, quæ ex hostibus cepissent. Unde in centumviralibus judiciis hasta præponitur.

jouissance de la chose à l'un d'eux, c'est-à-dire le constituait possesseur intérimaire, et lui ordonnait de garantir à son adversaire la restitution de la chose litigieuse et de la jouissance, c'est-à-dire de la chose et de ses fruits; mais le préteur recevait lui-même garantie des deux adversaires pour le payement du *sacramentum*, qu'il cédait au trésor public. On employait la baguette en signe de lance, comme indiquant le véritable domaine; car on croyait choses siennes plus particulièrement celles qu'on avait prises sur l'ennemi. C'est pourquoi une lance est placée devant le tribunal des centumvirs.

Il ne faut pas confondre la garantie que le possesseur était obligé de fournir à son adversaire, avec les « *prædes* » que les deux plaideurs déposaient entre les mains du préteur, pour assurer le payement du *sacramentum*. Le montant du *sacramentum* était attribué au trésor public à titre d'amende ; les répondants que fournissait le possesseur intérimaire garantissaient qu'il restituerait la possession.

§ 17. Si qua res talis erat ut *non* sine incommodo posset in jus afferri vel adduci, velut si columna aut grex alicujus pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur : deinde in eam partem, quasi in totam rem præsentem, fiebat vindicatio. Itaque ex grege vel una ovis aut capra in jus adducebatur, vel etiam pilus inde sumebatur et in jus afferebatur; ex nave vero et columna aliqua pars defringebatur. Si-

§ 17. Si la chose était telle qu'on ne pût pas facilement l'apporter ou la conduire devant le préteur, comme une colonne ou un troupeau, on en apportait une partie, et la vendication se faisait sur cette partie comme si le tout avait été présent. On amenait donc une brebis ou une chèvre prise dans le troupeau, ou même on prenait un seul poil qu'on apportait devant le préteur ; on prenait une parcelle

militer si de fundo vel de ædibus, sive de hæreditate controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in jus afferebatur, et in eam partem perinde atque in totam rem præsentem fiebat vindicatio : velut ex fundo gleba sumebatur et ex ædibus tegula, et si de hæreditate controversia erat, æque. . . . .

quelconque d'un navire ou d'une colonne. S'il s'agissait d'un fonds, d'un édifice ou d'une hérédité, on en apportait également une parcelle quelconque devant le préteur, et la vendication avait lieu sur cette partie comme si le tout avait été présent. Par exemple, on prenait une glèbe pour représenter un fonds, une tuile pour un édifice; et lorsqu'il s'agissait d'une hérédité........

Quand les formalités dont parlent les §§ 16 et 17 étaient accomplies, les parties, s'il s'agissait de la réclamation d'un droit réel, demandaient un juge, qu'elles n'obtenaient qu'après un délai de trente jours, au bout duquel elles se représentaient de nouveau devant le préteur, en vertu de la promesse qu'elles avaient faite, et qu'on appelait *vadimonium* (*infrà*, §§ 184 et suiv.).

Du moins, il est certain qu'il en était ainsi depuis une certaine loi Pinaria, citée par Gaïus, mais dont la date est inconnue. On ignore si, antérieurement à cette loi, il n'y avait pas dation de juge ou si, au contraire, le juge était donné avant l'expiration d'un délai de trente jours. Immédiatement après la nomination du juge, les parties fixaient un jour pour comparaître devant lui. C'était ordinairement pour le troisième jour qu'elles convenaient de se présenter devant ce dernier. On appelait cet engagement *comperendinatio* (*renvoi à trois jours*) (Cicér., *pro Murenâ*, 12; — Aulu-Gelle, x, 24).

Quand les plaideurs étaient en présence du juge, et avant de défendre ou d'expliquer leur cause, ils exposaient, le plus souvent en peu de mots, et comme pour lui fournir une indication, le sujet du débat. C'était le résumé de l'affaire, quelque chose d'analogue aux *conclusions* que les avoués prennent devant nos tribunaux (texte, § 15).

Suivant que le juge décidait en faveur du demandeur ou contre lui, son *sacramentum* était déclaré juste ou injuste. Dans le premier cas, le demandeur reprenait le montant de son *sacra-*

mentum, et avait gain de cause ; à l'inverse, le défendeur perdait le sien ; dans le second cas, le demandeur perdait le montant de son *sacramentum* et son procès, et le défendeur reprenait son *sacramentum*. A l'époque où la consignation effective n'eut plus lieu, la caution de celle des parties qui avait obtenu gain de cause était libérée, et le payement du *sacramentum* de l'autre partie était exigé d'elle ou de sa caution par le magistrat (Cic., *pro Cæcinâ*, 33 ; *pro Domo*, 29 ; *de Oratore*, I, 10 ; *pro Milone*, 27).

Si l'objet réclamé était un immeuble ou une chose mobilière qu'on ne pût apporter devant le préteur, les parties, avant de se rendre devant le juge, avaient une formalité de plus à accomplir : c'était la *deductio*.

On appelait ainsi le transport des parties et du magistrat sur le terrain contesté ou dans le lieu où se trouvait l'objet litigieux. C'était là que se faisait avec la baguette *(vindicta)* la revendication solennelle, qui consistait dans le combat simulé appelé *manuum consertio*. On revenait ensuite, avec un fragment de l'objet litigieux, devant le tribunal du préteur, où s'accomplissaient la provocation au *sacramentum*, la dation des *prædes litis et vindiciarum*, des *prædes sacramenti*, le *vadimonium* et la nomination du juge.

Plus tard, par suite de l'extension du territoire et de la multiplicité des affaires, le magistrat renonça à accompagner les plaideurs sur le lieu où était situé l'objet litigieux. Mais, sur l'ordre du préteur, ces derniers s'y rendaient accompagnés de témoins : là, le combat était simulé. C'est cette *deductio* qui remplaça la première. Les parties revenaient ensuite devant le magistrat, en ayant soin d'apporter une partie de l'objet contesté. Sur cette partie s'accomplissait la revendication (texte, § 17 ; —Aulu-Gelle, *Noct. att.*, XX, 10 ; —Cic., *pro Cæcinâ*, c. 1, 7, 8, 32).

Dès avant le temps de Cicéron, les parties se rendaient de leur propre mouvement sur le lieu où était l'objet contesté, sans attendre l'ordre du préteur. La *deductio* se faisait par anticipation, et les parties venaient ensuite devant le magistrat, munies du fragment nécessaire (Cicér., *pro Murenâ*, 12).

Dans l'*actio sacramenti*, relative aux poursuites d'obliga-

tions, le combat simulé; la revendication par la baguette et l'attribution de la possession intérimaire n'avaient pas lieu. Il est à présumer que les parties devaient tour à tour s'interpeller sur l'obligation que l'une d'elles prétendait exister et que l'autre niait. Après cela arrivait la provocation au *sacramentum*.

Les provocations réciproques au *sacramentum* étaient suivies de la dation du juge, et le procès suivait son cours, ainsi qu'il a été dit.

§ 17 *bis. (Pagina desideratur.)*

§ 17 *bis. (Toute une page est illisible.)*

Judicis postulatio. — L'action *sacramenti* avait plusieurs inconvénients très-graves, notamment d'être toujours fatale au plaideur qui perdait son procès, et en outre de ne laisser au juge que la possibilité d'apprécier si le *sacramentum* était juste ou injuste, sans pouvoir prendre en considération les obligations réciproques dont les parties étaient tenues l'une à l'égard de l'autre. Il pouvait se faire aussi que l'objet réclamé fût caché. De là, impossibilité d'accomplir le rite solennel de l'action *sacramenti*.

Il paraît rationnel d'attribuer à ces causes l'introduction d'une seconde action de la loi, beaucoup plus simple, moins fatale aux plaideurs et laissant au juge assez de latitude pour qu'il pût les contraindre à l'accomplissement de leurs obligations réciproques. Cette nouvelle action fut appelée *judicis postulatio*.

Nous ne connaissons pas la procédure qu'on suivait dans cette action, les pages qui lui étaient consacrées dans le manuscrit de Gaïus n'ayant pas été retrouvées. Nous avons seulement la formule dans laquelle la demande du juge devait être faite. Elle nous a été transmise par Valerius Probus, et est ainsi conçue : J. A. V. P. U. D. *(Judicem arbitrumve postulo uti des)*.

La *judicis postulatio* s'employait dans les poursuites d'obligations de choses indéterminées : ainsi, dans les affaires concernant les tutelles, les fiducies, les ventes, les louages, les mandats, les sociétés, enfin dans toutes celles où le juge

devait tenir compte des obligations réciproques des parties (Cicér., *de Offic.*, III, 10 et 17).

Cette action n'ayant d'application que dans les affaires personnelles où le montant de l'obligation était indéterminé, il en résulte que l'*actio sacramenti* était encore employée pour la réclamation des droits réels, et pour les contestations nées au sujet d'obligations de choses déterminées (Ortolan, t. III, p. 494).

§ 18. Et hæc quidem actio proprie condictio vocabatur; nam actor adversario denuntiabat, ut ad judicem capiendum die XXX adesset. Nunc vero non proprie condictionem dicimus actionem in personam, *qua* intendimus dare nobis oportere : nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

§ 18. La troisième action de la loi s'appelait condiction, parce que le demandeur avertissait son adversaire qu'il se trouvât présent dans trente jours pour recevoir un juge. C'est improprement qu'aujourd'hui nous appelons condiction l'action personnelle par laquelle nous prétendons qu'on doit nous donner; car on ne fait plus aucun avertissement.

§ 19. Hæc autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam : lege quidem Silia certæ pecuniæ, lege vero Calpurnia de omni certa re.

§ 19. Cette action de la loi a été établie par les lois Silia (vers l'an de Rome 510) et Calpurnia (vers l'an de Rome 520). La loi Silia est relative aux sommes certaines d'argent, et la loi Calpurnia à toute chose certaine.

§ 20. Quare autem hæc actio desiderata sit, quum de eo quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento aut per judicis postulationem agere, valde quæritur.

§ 20. Mais on demande quelle est l'utilité de la condiction, puisque, relativement à ce qu'on doit nous donner, nous pouvons agir par l'action *sacramenti* ou par la *judicis postulatio*.

Condictio. — Les mêmes motifs qui avaient amené l'introduction de la *judicis postulatio* donnèrent naissance à la *condictio*. Cette troisième action fut créée par la loi Silia, portée vers l'an de Rome 510, pour la réclamation des sommes certaines d'argent, et par la loi Calpurnia, de 10 ans posté-

rieure, relativement à toute autre obligation de chose certaine.

Nous ne connaissons pas plus la procédure suivie dans cette troisième action que celle relative à la précédente. Gaïus nous apprend que, de son temps, c'était déjà une question controversée que de savoir pourquoi on avait créé une action spéciale pour réclamer ce qui était dû, puisqu'on pouvait atteindre ce résultat soit par l'action *sacramenti*, soit par la *judicis postulatio*.

Quoi qu'il en soit, il est certain que, depuis la création de la *condictio*, l'action *sacramenti* ne s'appliqua plus qu'aux droits réels, dont la connaissance était renvoyée au tribunal des centumvirs. La *judicis postulatio* s'employait pour la poursuite de toutes obligations autres que celles de donner des choses certaines. La *condictio* était accordée pour les obligations de donner des choses certaines.

§ 21. Per manus injectionem æque *de* his rebus agebatur de quibus, ut ita ageretur, lege Aquilia cautum est, velut judicati, lege XII Tabularum. Quæ actio talis erat : qui agebat, sic dicebat : QUOD TU MIHI JUDICATUS SIVE DAMNATUS ES, SESTERTIUM X MILLIA, QUÆ DOLO MALO NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIUM X MILLIUM JUDICATI MANUS INJICIO ; et simul aliquam partem corporis ejus prendebat. Nec licebat judicato manum sibi depellere, et pro se lege agere ; sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat. Qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore, et vinciebatur.

§ 21. La *manus injectio* s'employait valablement dans les cas prévus par la loi Aquilia, et lorsqu'on réclamait l'exécution de la chose jugée d'après la loi des Douze Tables. Dans cette action, le demandeur disait : CE QUE LE JUGE VOUS A CONDAMNÉ A ME DONNER, DIX MILLE SESTERCES, PAR DOL, VOUS NE ME L'AVEZ PAS DONNÉ : C'EST POURQUOI JE METS LA MAIN SUR VOUS POUR CES DIX MILLE SESTERCES; en même temps, il saisissait son adversaire par quelque partie de son corps. Le défendeur, dans ce cas, ne pouvait pas repousser la main du demandeur, ni agir par lui-même ; il nommait un représentant qui devait agir pour lui. Celui qui ne pouvait pas ou ne voulait pas fournir un représentant était conduit dans la maison du demandeur, où il était enchaîné.

Manus injectio. — Le sens de ces mots est l'appréhension physique d'une chose corporelle ou d'une personne hors de la présence du magistrat. Quand, par exemple, une personne en amenait une autre de force devant le préteur, l'exercice de ce droit était appelé *manus injectio* (Servius, *ad Virgilii Æneid.*, lib. x, v. 1).

Mais la *manus injectio*, dont nous avons à nous occuper, et qui était la quatrième des actions de la loi, n'a rien de commun avec les *manus injectiones* extrajudiciaires dont nous venons de parler. Son but était l'*addictio* du défendeur au profit du demandeur. Elle différait encore des *manus injectiones* extrajudiciaires, en ce qu'elle devait s'accomplir devant le magistrat chargé de prononcer l'*addictio*, et n'avait de rapport avec elles que par le fait corporel de la main-mise.

La *manus injectio* différait des trois premières actions de la loi en ce qu'elle ne donnait pas lieu à la constitution d'un juge, et de la cinquième, en ce que cette dernière ne s'exerçait pas devant le magistrat, ce qui avait fait douter, dit Gaïus, qu'elle fût une véritable action de la loi (texte, § 29).

On distinguait trois espèces différentes de *manus injectiones*, comme action de la loi : la *manus injectio judicati*, celle *pro judicato* et la *manus injectio pura*.

La *manus injectio judicati* avait été introduite par la loi des Douze Tables pour assurer l'exécution des jugements. Le demandeur, trente jours après le *judicatum* ou la *confessio in jure*, amenait de gré, ou de force par une main-mise extrajudiciaire, son adversaire en présence du magistrat, devant lequel il disait : « Par dol, vous ne m'avez pas donné les dix mille sesterces que le juge vous avait condamné à me payer : c'est pourquoi je mets la main sur vous pour ces dix mille sesterces. » En même temps, il saisissait le défendeur par quelque partie de son corps.

Le défendeur, dans ce cas, ne pouvait pas repousser la main du demandeur, ni agir par lui-même.

Il devait nommer un représentant *(vindex)* qui se chargeât de le défendre ; l'intervention de ce dernier libérait le débiteur. Celui qui ne pouvait pas ou ne voulait pas fournir de représentant était conduit dans la maison du créancier, où il était enchaîné (Aulu-Gelle, xx, 10).

Dans cet état, le débiteur se nommait *addictus*. Il était esclave de fait, mais non encore de droit. Ni ses enfants ni ses biens ne passaient dans le domaine de son créancier. La loi des Douze Tables réglait sa nourriture et le poids des fers dont on pouvait le charger (texte, C. 3, §§ 189 et 199; — Quintil., I, 0. VII, 3; V, 10; V, 3; — L. des Douze Tables, tab. 3). — Il ne faut pas confondre un *addictus* avec un *nexus* (*suprà*, § 27, C. 2).

Le débiteur restait dans cette situation pendant soixante jours, dans l'intervalle desquels, de neuvaine en neuvaine, il devait être conduit devant le magistrat, dans le *comitium*, avec proclamation de la somme pour laquelle il était *addictus*, afin que ses parents, ses amis, acquittassent sa dette, s'ils voulaient le libérer. Faute de payement, le délai de soixante jours étant expiré, il subissait une diminution de tête définitive et était vendu comme esclave à l'étranger, au delà du Tibre (*V.* Tite-Live, V, 14; VI, 36; VII, 16; — Den. d'Halycarn., IV, 11).

Le prix de cette vente servait d'indemnité au créancier. Alors même qu'il n'aurait pas suffi à le désintéresser complétement, la créance se trouvait éteinte pour le total. Dans le cas où il y avait plusieurs créanciers, ils se partageaient le prix de l'*addictus ;* s'ils ne trouvaient pas d'acquéreur ou s'ils ne tombaient pas d'accord sur le prix de la vente, ils avaient le droit de tuer leur débiteur, de couper son cadavre en morceaux et de s'en partager les débris. La loi des Douze Tables nous apprend que si les créanciers avaient coupé l'*addictus* en morceaux non proportionnés à leurs créances, ils n'encouraient aucune peine pour cela (Aulu-Gelle, XX, 1). — Quelques auteurs ont pensé qu'il ne fallait pas prendre à la lettre le passage de la loi des Douze Tables rapporté par Aulu-Gelle. Dans ce système, on a proposé d'entendre les mots *sectio corporis* soit du partage des actions, soit du partage du prix de vente. Mais cette opinion ne paraît guère admissible en présence de l'attestation d'Aulu-Gelle, de Quintilien et de Tertullien, qui affirment que chez les anciens Romains on prenait à la lettre les passages de cette loi sur le meurtre du débiteur et le partage de ses dépouilles mortelles (Aulu-Gelle, XX, 1; — Quintil., III, 6; — Tertull., *Apolog.*, c. 4). — *V.* aussi, dans

notre sens, Cujas, *Parat.*, Cod. VII, 71 ; —Zimmern, § 45 ; — Étienne, t. II, p. 334, et M. Demangeat, t. II, p. 466).

§ 22. Postea quædam leges ex aliis quibusdam causis pro judicato manus injectionem in quosdam dederunt : sicut lex Publilia in eum pro quo sponsor dependisset, *si* in sex mensibus proximis, quam pro eo depensum esset, non solvisset sponsori pecuniam : item lex Furia de sponsu, adversus eum qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset : et denique complures aliæ leges in multis causis talem actionem dederunt.

§ 22. Dans la suite, certaines lois permirent, dans d'autres cas, la *manus injectio*, comme s'il y avait eu chose jugée ; ainsi la loi Publilia l'autorisa contre celui pour lequel son *sponsor* avait payé, si, six mois après le payement, il n'avait pas remboursé le *sponsor;* la loi Furia la permit aussi contre celui qui avait réclamé et reçu d'un *sponsor* plus que sa part virile ; enfin, beaucoup d'autres lois accordèrent cette action dans plusieurs autres cas.

Dans la suite, certaines lois permirent, dans d'autres cas, la *manus injectio*, comme s'il y avait eu chose jugée : ainsi la loi Publilia, la loi Furia et beaucoup d'autres (*V.* com. 3, §§ 121 et 122).

§ 23. Sed aliæ leges ex quibusdam *causis* constituerunt quasdam actiones per manus injectionem, sed puram, id est, non pro judicato : velut lex *Furia* testamentaria adversus eum qui legatorum nomine mortisve causa plus M assibus cepisset, quum ea lege non esset exceptus ut ei plus capere liceret ; item lex Marcia adversus feneratores, ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus injectionem cum eis ageretur.

§ 23. Mais d'autres lois établirent, pour certains autres cas, la *manus injectio* pure, c'est-à-dire sans regarder la chose comme jugée. Ainsi fit la loi Furia (an de Rome 571), sur les testaments, contre celui qui avait reçu, comme legs ou donation à cause de mort, plus de mille as, à moins que cette loi ne l'eût compris par exception parmi ceux qui peuvent recevoir davantage ; ainsi fit la loi Marcia (vers l'an de Rome 600), contre les usuriers, qui permit d'agir contre eux par la *manus injectio* pour leur faire rendre les intérêts qu'ils avaient reçus.

D'autres lois établirent, pour certains autres cas, la *manus injectio* pure, c'est-à-dire sans regarder la chose comme jugée. Ainsi firent les lois Furia et Marcia.

§ 24. Ex quibus legibus, et si quæ aliæ similes essent, quum agebatur, manum sibi depellere et pro se lege agere *licebat*. Nam et actor in ipsa legis actione non adjiciebat hoc verbum PRO JUDICATO; sed nominata causa ex qua agebat, ita adjiciebat : OB EAM REM EGO TIBI MANUM INJICIO; quum hi, quibus pro judicato actio data erat, nominata causa ex qua agebant, ita inferebant : OB EAM REM EGO TIBI PRO JUDICATO MANUM INJICIO. Nec me præterit, in forma legis Furiæ testamentariæ PRO JUDICATO verbum inseri, quum in ipsa lege non sit : quod videtur nulla ratione factum.

§ 24. Dans les cas où la *manus injectio* était établie par ces lois et autres semblables, le défendeur pouvait repousser la main de son adversaire et défendre par lui-même, car le demandeur n'ajoutait pas les paroles : COMME S'IL Y AVAIT CHOSE JUGÉE ; mais, après avoir dit le motif qui le faisait agir, il ajoutait : C'EST POURQUOI JE METS LA MAIN SUR TOI ; tandis que ceux auxquels on donnait cette action comme s'il y avait chose jugée s'exprimaient ainsi : C'EST POURQUOI JE METS LA MAIN SUR TOI COMME S'IL Y AVAIT CHOSE JUGÉE. Je n'oublie pas que, dans la formule de la loi Furia, sur les testaments, on a inséré les mots PRO JUDICATO, quoiqu'ils ne se trouvent pas dans la loi même : cette insertion ne paraît aucunement motivée.

Dans les cas de *manus injectio* pure, à la différence de ce qui avait lieu dans les autres cas, le défendeur pouvait défendre par lui-même et n'était pas *addictus*. Seulement, si la défense n'était pas de nature à faire renvoyer le défendeur absous, le magistrat le condamnait *extra ordinem*, et le demandeur arrivait plus tard à l'exécution de cette sentence par la *manus injectio judicati*.

§ 25. Sed postea lege *Varia*, excepto judicato, et eo pro quo depensum est, cæteris omnibus, cum quibus per manus injectionem agebatur,

§ 25. Par la suite, à l'exception du cas de chose jugée, et de celui où le *sponsor* a payé pour le débiteur, la loi Varia permit, dans tous les cas

permissum est sibi manum depellere et pro se agere; itaque judicatus et is pro quo depensum est, etiam post hanc legem vindicem dare debebant, et nisi darent, domum ducebantur; istaque quandiu legis actiones in usu erant, semper ita observabantur. Unde nostris temporibus is cum quo judicati depensive agitur, judicatum solvi satisdare cogitur.

de *manus injectio*, de repousser la main du demandeur et d'agir soi-même; c'est pourquoi celui qui a été condamné, et le débiteur qui a laissé payer son *sponsor*, devaient fournir un représentant, même après cette loi; sinon ils étaient conduits dans la maison du demandeur : cela fut observé tant que durèrent les actions de la loi. De là vient que de nos jours le défendeur à l'action *judicati* ou à celle *depensi* est tenu de donner la caution *judicatum solvi*.

Suivant Gaïus, l'action de *manus injectio* ne conserva sa rigueur primitive que dans le cas où on poursuivait l'exécution de la chose jugée, et dans celui où le *sponsor* réclamait le montant de la somme qu'il avait payée pour le débiteur. Hors ces deux cas, la loi Varia, dont la date peut se placer dans la première moitié du septième siècle de Rome, permit de repousser la main du demandeur et de défendre par soi-même.

§ 26. Per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus, moribus, lege.

§ 26. La *pignoris capio* fut introduite par la loi relativement à certaines choses, et par les mœurs relativement à d'autres.

Pignoris capio.— La cinquième action de la loi, la deuxième relative aux modes d'exécution, était la *pignoris capio*. A la différence de la *manus injectio*, qui s'exerçait sur la personne du débiteur, celle-ci n'avait trait qu'à ses biens. Elle n'avait d'application que dans des cas exceptionnels, déterminés par la loi ou les coutumes. A l'inverse des autres actions de la loi, elle ne s'accomplissait pas devant le magistrat, ce qui (rapproché de ce qu'elle s'exécutait même pendant les jours néfastes et en l'absence du défendeur) avait fait douter qu'elle fût réellement une action de la loi.

§ 27. Introducta est moribus rei militaris : nam propter stipendium licebat militi ab eo qui æs tribuebat, nisi daret, pignus capere. Dicebatur autem ea pecunia quæ stipendii nomine dabatur, æs militare. Item propter eam pecuniam licebat pignus capere, ex qua equus emendus erat; quæ pecunia dicebatur æs equestre : item propter eam pecuniam ex qua hordeum equis erat comparandum; quæ pecunia dicebatur æs hordiarium.

§ 27. L'usage l'introduisit relativement au service militaire; car, quant à sa solde, on autorisait le soldat à prendre un gage de celui qui, devant la distribuer, ne la payait pas. Cet argent, qu'on payait à titre de solde, se nommait argent militaire. On autorisait encore le soldat à prendre un gage pour obtenir l'argent avec lequel il devait acheter un cheval; cet argent était désigné sous le nom d'argent pour les chevaux. On l'y autorisait encore pour obtenir l'argent qui devait payer l'orge pour les chevaux; cet argent s'appelait argent pour l'orge.

L'usage avait introduit la *pignoris capio*, relativement au service militaire, en faveur des soldats, contre ceux qui devaient leur payer la solde ou le prix et l'équipement d'un cheval, ou le prix du fourrage.

§ 28. Lege autem introducta est pignoris capio, velut lege XII Tabularum adversus eum qui hostiam emisset, nec pretium redderet; item adversus eum qui mercedem non redderet pro eo jumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est, in sacrificium impenderet. Item lege *Censoria* data est pignoris capio publicanis vectigalium publicorum populi Romani adversus eos qui aliqua lege vectigalia deberent.

§ 28. La loi des Douze Tables a introduit la *pignoris capio* contre celui qui, ayant acheté une victime, n'en payait pas le prix, et contre celui qui ne payait pas le prix d'une bête de somme qu'on lui avait louée, lorsque ce loyer était destiné à un sacrifice. La loi Censoria donna aussi la *pignoris capio* aux fermiers des impôts publics contre ceux qui, d'après quelque loi, devaient des impôts.

La loi des Douze Tables l'avait introduite contre l'acheteur d'une victime qui n'en payait pas le prix, et contre le locateur

d'une victime qui ne payait pas son prix, lorsqu'il était destiné à un sacrifice. La loi Censoria l'accordait également aux fermiers des impôts publics, contre ceux qui n'acquittaient pas les impôts dont ils étaient tenus.

§ 29. Ex omnibus autem istis causis certis verbis pignus capiebatur; et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse: quibusdam autem *non* placebat, primum quod pignoris capio extra jus peragebatur, id est, non apud prætorem, plerumque etiam absente adversario, quum alioquin cæteris actionibus non aliter uti possit, quam apud prætorem, præsente adversario; præterea nefasto quoque die, id est, quo non licebat lege agere, pignus capi poterat.

§ 29. Dans tous ces différents cas, la prise de gage se faisait en prononçant des paroles déterminées; c'est pour cela qu'en général on appelait cette action action de la loi; mais cette opinion était blâmée par quelques auteurs, d'abord parce que la prise de gage avait lieu hors de la présence du préteur, et, le plus souvent, en l'absence de l'adversaire, au lieu que les autres actions ne peuvent s'exercer que chez le préteur en présence de l'adversaire, et, en outre, parce qu'on pouvait exécuter la prise de gage un jour néfaste, c'est-à-dire pendant lequel il n'était pas permis d'exercer une action de la loi.

Nous ne connaissons pas la procédure de cette action de la loi; nous savons seulement qu'elle s'accomplissait en prononçant des paroles solennelles.

§ 30. Sed istæ omnes legis actiones paulatim in odium venerunt; namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet. Itaque per legem Æbutiam et duas Julias sublatæ sunt istæ legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est, per formulas litigaremus.

§ 30. Mais toutes ces actions devinrent peu à peu odieuses, car, d'après la trop grande subtilité des anciens fondateurs du droit, on poussa les choses si loin que la moindre erreur faisait perdre un procès. Aussi la loi Æbutia et les deux lois Julia supprimèrent-elles ces actions de la loi et décidèrent-elles que l'on agirait par paroles prescrites, c'est-à-dire par formules.

Les dangers auxquels les actions de la loi exposaient les plaideurs ne tardèrent pas à faire prendre ces actions en haine et à amener l'adoption d'une procédure moins fatale et plus appropriée aux besoins du peuple romain. Aussi la loi *Æbutia*, antérieure de quelque temps à Cicéron (portée vers le milieu du sixième siècle de Rome), et les deux lois *Juliæ* (dont l'une est la loi *Judiciorum privatorum*, portée par Auguste, et dont l'autre est probablement la loi *Judiciorum publicorum*, portée par le même empereur), les supprimèrent-elles pour les remplacer par la procédure formulaire (texte, §§ 11 et 30; — Cicér., *in Verrem*, I, 45).

§ 31. Tantum ex duabus causis permissum est interdum legis actionem facere: lege agere damni infecti, et si centumvirale judicium *fuerit provocatum; ideo* quum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento apud prætorem urbanum vel peregrinum. . . . damni vero infecti nemo vult lege agere : sed potius stipulatione, quæ in edicto proposita est, obligat adversarium *per magistratum*, quod et commodius jus et plenius est.

§ 31. Il n'est plus permis que dans deux cas d'agir par action de la loi : dans le cas de dommage imminent, et lorsqu'on est devant le tribunal des centumvirs. Lorsqu'une action doit être portée au tribunal des centumvirs, on agit auparavant par le *sacramentum* chez le préteur urbain ou chez celui des étrangers; mais, dans le cas de dommage imminent, personne ne veut agir par action de la loi; on a plutôt recours à une stipulation proposée dans l'édit, qui oblige l'adversaire par le magistrat, et donne un droit plus avantageux et plus complet.

Le collége des centumvirs conserva l'ancienne forme de procéder *per sacramentum* en matière de droits réels (*infrà*, § 95). — Mais, dans le cas de dommage imminent, le préteur eut recours à la caution *damni infecti*, dont il a été parlé sous les §§ 78 et 96 du C. 3.

§ 32. Per pignoris. . . . . apparet; velut in ea forma quæ publicano proponitur, talis fictio

§ 32. . . *(Une page manque à cet endroit du manuscrit.)* Dans l'action donnée au publicain, la fiction est telle

est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur.

qu'on condamne le débiteur à la somme qu'autrefois celui dont on avait pris le gage devait payer (s'il voulait reprendre son gage).

Ce qui veut dire que, dans l'ancienne *pignoris capio*, le maître de la chose saisie pouvait la recouvrer en payant sa dette, et que celui dont le publicain avait saisi les biens fut mis dans le même cas.

§ 33. Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur: sive enim pecuniam, sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, quum ipsam dari nobis oportere intendimus, nullam adhibemus condictionis fictionem. Itaque simul intelligimus eas formulas quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. Ejusdem naturæ sunt actiones commodati, fiduciæ, negotiorum gestorum, et aliæ innumerabiles.

§ 33. Aucune action n'est donnée comme fiction de la condiction; soit, en effet, que nous demandions de l'argent ou toute autre chose certaine qui nous est due, lorsque nous prétendons qu'on doit nous donner cette chose, nous n'employons aucune fiction de la condiction; aussi disons-nous que ces actions dans lesquelles nous prétendons qu'on doit nous donner de l'argent ou une autre chose certaine valent par elles-mêmes (sont primitives): ainsi sont les actions de *commodat*, de *fiducie*, de *gestion d'affaires*, et d'autres sans nombre.

Gaïus nous dit expressément (§ 10) que certaines actions du système formulaire sont dérivées des actions de la loi.

Le même jurisconsulte nous donne, comme exemple d'actions formulaires dérivées des actions de la loi, l'action donnée au publicain, dans laquelle la fiction consistait en ce que le débiteur était condamné au montant de la somme que, sous le premier système, il aurait dû payer, s'il avait voulu reprendre son gage (§ 32).

Le passage dans lequel Gaïus faisait ressortir la filiation des actions formulaires nous manque. Mais il est facile de retrouver des analogies frappantes entre les deux systèmes et de montrer la génération du second par le premier.

Ainsi, prenant pour exemple la procédure qui était suivie dans l'action réelle formulaire, avant qu'elle fût arrivée à son plus grand développement, nous voyons que les plaideurs engageaient le procès par une provocation semblable à la gageure du *sacramentum*, ainsi qu'il suit : « Si telle chose a lieu, ou si telle chose n'a pas lieu, promets-tu tant ? » Après cette provocation, appelée *sponsio*, on agissait par une formule dans laquelle le juge avait à examiner si la *sponsio* était juste ou injuste; et par là même il décidait le procès (texte, §§ 13, 93 et 94).

Les choses se passaient ainsi dans les procès nés en matière d'obligations, avec ce caractère de ressemblance de plus, que le défendeur provoquait, à son tour, son adversaire par une *restipulatio* équivalente à la *sponsio*. Ici, la *sponsio* avait un caractère pénal, de même que le *sacramentum* des actions de la loi; le demandeur devait la perdre, si sa provocation était reconnue injuste, comme le défendeur devait perdre le montant de la *restipulatio*, si elle était injuste. Ce dernier était, en outre, condamné au principal du procès. Mais il est à remarquer que la chose promise par le plaideur perdant était acquise au plaideur gagnant, et non plus au trésor, comme l'ancien *sacramentum* (texte, § 13).

S'il s'agissait de réclamation de propriété ou autres droits réels, il n'y avait que la provocation à la *sponsio*, sans que le défendeur provoquât à la *restipulatio*. Ici, le montant de la sponsion n'était point exigé, car ce n'était point une action pénale, mais une procédure par laquelle on jugeait le fond du procès, une simple action préjudicielle (texte, § 94).

Dans l'action réelle *per sponsionem*, ayant trait à la propriété, il y avait lieu d'attribuer la possession intérimaire à l'un des plaideurs, qui, de même que dans l'action *sacramenti*, devait garantir à son adversaire la restitution de la chose et de ses fruits, en cas de perte du procès ; à cet effet, il devait s'engager par une stipulation qu'on appelait *pro prœde litis et vindiciarum*, parce qu'elle tenait lieu de l'ancienne caution *prœdes litis et vindiciarum*. Elle devait être cautionnée par un fidéjusseur (Cicér., *in Verrem*, I, 115).

Le nom seul de cette stipulation, qui est le même que celui

de la garantie exigée du possesseur intérimaire dans l'*actio sacramenti*, rapproché de cette gageure de *sponsio* et de *restipulatio,* qui représentent la double provocation au *sacramentum*, prouve évidemment la transfusion de l'*actio sacramenti* dans l'action formulaire *per sponsionem*.

La *sponsio* différait, toutefois, du *sacramentum* en ce qu'elle ne consistait pas, comme ce dernier, en une somme certaine et déterminée ; tantôt elle était d'une portion de l'objet en litige, tantôt elle était abandonnée à la fixation des parties (texte, 13, 91, 162, 165 et 171 ; — Cicér., *pro Rosc. comœdo*, III, c. 4, 5 et 10).

Dans certains cas, la procédure *per sponsionem* était obligée (on la disait alors *légitime*) ; dans d'autres, elle était volontaire *(eod.)*.

Outre cette ressemblance de formes que nous venons de signaler entre l'action *sacramenti* et la procédure formulaire *per sponsionem*, nous trouvons d'autres analogies dans les termes mêmes des formules où l'on reconnaît clairement l'origine des actions de la loi. Ainsi nous avons vu que la provocation du demandeur en matière de propriété, sous le premier système, se faisait ainsi : « *Hunc ego hominem meum esse aio.* » Or, nous retrouvons les mêmes paroles dans l'*intentio* de la formule de l'action réelle : « *Si paret hominem ex jure quiritium Auli Agerii esse.* » — De même, la *demonstratio* des formules est ainsi conçue : « *Quod Aulus Agerius hominem vendidit.* » Or, dans l'action de la loi *per manus injectionem*, le demandeur provoquait ainsi son adversaire : « *Quod tu mihi judicatus sive damnatus es* » (texte, §§ 21, 24 et 40).

Les rapports que nous venons de signaler entre les deux systèmes d'actions démontrent déjà que la pratique avait introduit en fait, dans la forme de procéder, des changements que les lois *Æbutia* et *Juliæ* ne firent que reconnaître en droit. Nous allons retrouver entre la manière d'agir en justice qui était suivie par les pérégrins, lesquels étaient incapables de participer aux actions de la loi, et le système formulaire, une analogie encore plus frappante.

L'influence que la procédure applicable aux pérégrins exerça sur les *legis actiones* est facile à saisir, si l'on observe

que, dès les premières années du sixième siècle, à la même époque où la dernière action de la loi, la *vindictio*, fut créée, un *prætor peregrinus*, chargé de statuer sur les différends entre pérégrins et entre pérégrins et citoyens romains, fut institué. Les étrangers ne pouvaient, en effet, participer au droit civil, ni, en conséquence, invoquer la procédure des *legis actiones*. Aussi un système particulier dut-il leur être accordé, dans lequel le juge n'avait point à statuer sur une question de droit civil, mais seulement sur un point de fait déterminé à l'avance par le magistrat.

L'acte par lequel le magistrat indiquait au juge la décision qu'il aurait à rendre était la formule.

Observons, du reste, que, dans les procès entre pérégrins ou entre citoyens romains et pérégrins, le magistrat ne nommait pas un seul juge pour l'examen du fait posé dans la formule, mais plusieurs, qu'on appelait récupérateurs, au nombre de trois ou de cinq, choisis par les parties parmi les citoyens ou les personnes présentes au tribunal.

De ce que les récupérateurs n'avaient pas de question de droit civil à examiner, mais un simple fait à vérifier, il résultait que la formule ne contenait que deux parties : celle où le point de fait à examiner était posé, et celle dans laquelle le magistrat accordait aux récupérateurs le pouvoir de condamner ou d'absoudre, selon que les faits seraient ou non vérifiés. Ce sont précisément ces deux parties que nous retrouvons dans les actions formulaires *in factum* appliquées entre citoyens romains, et qui furent nécessairement pendant longtemps les seules qu'on leur accorda.

Cette procédure simple et sans dangers était de nature à plaire aux citoyens romains, qui pratiquaient des règles beaucoup plus rigoureuses. Aussi durent-ils solliciter du magistrat qu'il accommodât la formule à leurs contestations entre citoyens, d'autant plus qu'ils y participaient dans leurs procès avec les pérégrins. Et, comme il arrivait fréquemment que le préteur pérégrin suppléait le préteur urbain, il y eut, de la part des magistrats, tendance à favoriser un système dont ils appréciaient la simplicité.

C'est ainsi que s'introduisit le nouveau système d'actions, qui, appliqué entre citoyens romains, dut cependant subir des

changements notables, précisément parce qu'il était nécessaire de tenir compte du droit civil, et qu'on devait accommoder la procédure récente aux rites des actions de la loi. Aussi en avons-nous vu des traces sensibles dans la gageure de *sponsio* et dans les termes mêmes des formules, malgré l'absence de détails qui nous manquent sur les solennités de l'ancienne procédure.

Mais cette transformation de la procédure n'avait pas fait disparaître entièrement l'ancien système (§ 31).

Même en matière de propriété quiritaire, de questions d'état ou d'hérédité, objets pour lesquels le *sacramentum* avait été maintenu, il fut loisible aux citoyens d'agir par la formule *per sponsionem*. Enfin, à côté de cette dernière formule, l'usage en admit une beaucoup plus simple, par laquelle le demandeur tendait directement à la réclamation de son droit, formule calquée sur celle qui était reçue en matière d'obligations, et qu'on appela formule pétitoire, par opposition à celle *per sponsionem* (texte, §§ 91 et 92).

Comme dans la *rei vindicatio*, le demandeur à l'action confessoire (*suprà*, sous le § 5) pouvait agir par *sponsio* ou par formule pétitoire. Si l'instance était introduite *per sponsionem*, le défendeur fournissait la garantie *pro præde litis vindiciarum ;* sinon, il s'exposait à voir la possession du fonds prétendu assujetti passer à son adversaire au moyen d'un interdit analogue à l'interdit *quem fundum*. Dans le cas où le demandeur agissait par la formule pétitoire, le défendeur était tenu, sous la même sanction, de donner la caution *judicatum solvi* (*Fragmenta Vatic.*, 92).

De ce qui précède il est permis de conclure que l'*intentio* et la *demonstratio* des actions formulaires civiles ont leur origine et leur type dans les actions de la loi, et que les actions *in factum* ont été formées à l'imitation des formules en usage pour les pérégrins, sous le système des actions de la loi (Zimmern, § 52).

§ 34. Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis : velut quum is qui ex *edicto* bonorum possessionem petiit ficto se

§ 34. D'autres actions sont dites fictives sous un autre point de vue : par exemple, celui qui demande la possession des biens prétorienne

hærede agit; quum enim prætorio jure et non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id quod defuncti fuit, potest intendere suum esse, *neque id quod defuncto debebatur*, potest intendere dare sibi oportere. Itaque ficto se hærede intendit, veluti *hoc* modo : JUDEX ESTO ; SI AULUS AGERIUS, id est ipse actor, L. SEII HÆRES ESSET TUM SI IS FUNDUS DE QUO AGITUR EX JURE QUIRITIUM EJUS ESSET, *vel si quid debe*batur *L.* Seio, præposita simili *fictione intentio* ita subjicitur : TUM SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE.

agit en se feignant héritier; car, puisqu'il succède d'après le droit prétorien, et non d'après le droit civil, il n'a pas les actions directes, et ne peut pas prétendre dans l'*intentio* que la chose du défunt est sienne, non plus qu'il ne peut prétendre qu'on doit lui donner ce qui était dû au défunt. C'est pourquoi, se feignant héritier, il prétend : SOYEZ JUGE ; SI AULUS AGÉRIUS, c'est-à-dire le demandeur, DANS LE CAS OU IL SERAIT HÉRITIER DE L. SÉIUS, SERAIT PROPRIÉTAIRE, D'APRÈS LE DROIT CIVIL, DU FONDS DONT IL S'AGIT ; et, s'il était dû quelque chose à Séius, au moyen d'une fiction semblable, on dit : S'IL APPERT QUE NUMÉRIUS NÉGIDIUS DOIT DONNER DIX MILLE SESTERCES A AULUS AGÉRIUS.

La traduction littérale de *judex esto* est celle-ci : *qu'il soit juge*, ou *qu'un tel soit juge*. J'ai préféré adopter celle-ci : *soyez juge*, parce qu'elle fait mieux sentir que le préteur nommait le juge en tête de la formule, et parce qu'elle présente le même sens que les deux premières versions.

¶ Le préteur avait créé un grand nombre d'actions qu'on appelait *prétoriennes*, par opposition à celles du droit civil.

Lorsque l'action prétorienne reposait sur une fiction, comme dans le cas prévu ici par notre texte, elle était appelée *fictive* (§ 38). Quand le préteur accordait une action par extension d'un cas prévu à un cas imprévu, elle était dite *utile*, par opposition à celle dont elle était extensive, et qu'on appelait *directe*. Cette extension pouvait se rencontrer soit relativement à une action civile (ainsi on disait : *actio utilis legis Aquiliæ*), soit à l'égard d'une action prétorienne (on disait aussi : *interdictum utile uti possidetis*). — *V.* L. 7, *pr.*, et § 1, ff. *de relig.*;

Instit., *de lege Aquiliâ*, § 16; — *Fragm. Vaticana*, § 90.

Nous avons parlé, sous le § 5, de plusieurs actions civiles. Il y en a un grand nombre encore qui passeront sous nos yeux. Nous nous occuperons en détail, sous le § 38, de quelques actions prétoriennes.

§ 35. Similiter et bonorum emptor ficto se hærede agit. Sed interdum et alio modo agere solet; nam ex persona ejus cujus bona emerit, sumpta intentione, convertit condemnationem in suam personam; id est, ut quod illius esset, vel illi dare oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur : quæ species actionis appellatur Rutiliana, quia a prætore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est. Superior autem species actionis, qua ficto se hærede bonorum emptor agit, Serviana vocatur.

§ 35. De même, l'acheteur de biens agit en se feignant héritier; mais quelquefois il agit autrement, car, écrivant son *intention* du chef de celui dont il a acheté les biens, il s'attribue l'effet de la *condamnation*, c'est-à-dire qu'il demande que l'adversaire soit condamné à donner à l'acheteur, au nom du vendeur, ce qui était la chose dû vendeur ou ce qu'on devait lui donner : cette action particulière s'appelle *Rutilienne*, comme ayant été introduite par le préteur Publius Rutilius, qu'on dit avoir établi la vente des biens; mais l'action intentée par l'acheteur de biens qui feint d'être héritier s'appelle action *Servienne*.

L'action *servienne*, autre que celle dont il est parlé p. 509, appartenait à l'acquéreur des biens d'un défunt. La *rutilienne* était exercée par l'acquéreur des biens d'un vivant (C. 3, § 78).

§ 36. *Ejusdem generis est, quæ publiciana vocatur*. Datur autem hæc actio ei qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit; nam quia non potest eam ex jure quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse, et ita quasi ex jure quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo : JUDEX ESTO; SI

§ 36. L'action *publicienne* est également fictive; elle se donne à celui qui n'a pas encore usucapé une chose qui lui a été livrée avec juste cause, et qui, en ayant perdu la possession, réclame cette chose; car, comme il ne peut prétendre que cette chose est sienne d'après le droit civil, il agit comme s'il avait usucapé; et, comme s'il était proprié-

QUEM HOMINEM AULUS AGERIUS EMIT, ET TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM DE QUO AGITUR, EJUS EX JURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET, et reliqua.

taire d'après le droit civil, il prétend dans son *intention :* SOYEZ JUGE ; SI AULUS AGÉRIUS A ACHETÉ CET ESCLAVE, ET S'IL L'AVAIT POSSÉDÉ UNE ANNÉE, L'ESCLAVE DONT IL S'AGIT DEVRAIT-IL ÊTRE A LUI D'APRÈS LE DROIT QUIRITAIRE ? et la suite.

§ 37. Item civitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat, aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo justum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi : velut si furti agat peregrinus, aut cum eo agatur, formula ita concipitur : JUDEX ESTO ; SI PARET OPE CONSILIOVE DIONIS SERVII FILIO FURTUM FACTUM ESSE PATERÆ AUREÆ, QUAM OB REM EUM, SI CIVIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET, et reliqua. Item si peregrinus furti agat, civitas ei Romana fingitur. Similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni injuriæ agat, aut cum eo agatur, ficta civitate Romana judicium datur.

§ 37. De même, dans le cas où la loi confère une action, et lorsqu'il est juste de l'étendre à un étranger, celui-ci, s'il veut intenter cette action, doit feindre qu'il est citoyen romain, et celui qui veut agir contre lui doit feindre qu'il actionne un citoyen romain. Si, par exemple, un étranger veut exercer l'action de vol, ou si on veut l'intenter contre lui, la formule est ainsi conçue : SOYEZ JUGE ; S'IL APPERT QU'UN VOL D'UNE COUPE D'OR A ÉTÉ COMMIS PAR L'AIDE OU LES CONSEILS DE DION, FILS DE SERVIUS, DÉLIT POUR LEQUEL IL FAUDRAIT CONDAMNER DION COMME VOLEUR, S'IL ÉTAIT CITOYEN ROMAIN ; et la suite. De même, si un étranger intente l'action de vol, ou celle de dommage de la loi Aquilia, ou si on l'intente contre lui, on donne l'action, en feignant que cet étranger est citoyen romain.

§ 38. Præterea aliquando adversarium fingimus nostrum capite deminutum non esse : nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit, et capite deminutus deminu-

§ 38. En outre, nous agissons quelquefois contre notre adversaire diminué de tête, en considérant cette diminution comme non avenue ; car si une personne obligée en-

tave fuerit, velut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit jure civili debere nobis, nec directo intendere *jure licet* dare eum eamve oportere; sed ne in potestate ejus sit jus nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis, rescissa capitis deminutione, id est, in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse.

vers nous par un contrat est diminuée de tête, comme une femme par la coemption, un mâle par l'adrogation, cette personne cesse d'être obligée civilement envers nous, et nous ne pouvons prétendre qu'elle doit nous donner; mais, pour qu'elle ne puisse pas amoindrir notre droit, on a introduit contre elle une action utile, la diminution de tête étant anéantie, c'est-à-dire qu'on feint qu'elle n'a pas été diminuée de tête.

Le préteur avait créé des actions réelles et des actions personnelles. Parmi les actions réelles prétoriennes, on rencontre fréquemment l'action publicienne, l'action contraire à la publicienne, la paulienne, la servienne, la quasi-servienne ou hypothécaire, et enfin toutes les actions préjudicielles, moins la *liberalis causa*, qui était du droit civil antérieur à la loi des Douze Tables, et avait été insérée dans cette loi par Appius Claudius (L. 2, § 24, ff. *de origine juris; — Instit.*, *de action.*, §§ 4 à 7 et 13).

La *publicienne* avait été introduite, au temps de Cicéron, par le préteur Publicius. C'était la *rei vindicatio* du droit civil étendue, sous un autre nom, à des cas où cette dernière ne recevait pas d'application. Elle supposait comme accompli un fait qui ne l'était pas, et donnait au possesseur qui n'avait pas encore usucapé le droit de revendiquer, comme si l'usucapion avait eu lieu (*de public. act.; — Instit.*, ff. *de act.*, § 4). — Cette action avait pour objet de favoriser tout possesseur de bonne foi ayant un juste titre, et qui n'établissait pas la preuve du *dominium ex jure quiritium* (L. 1, *pr.*, ff. *de public. in rem act.*).

Au temps de Gaïus, la publicienne pouvait recevoir application dans quatre cas distincts :

1° Quand une chose *mancipi* avait été livrée par le véritable propriétaire avec intention d'en transférer le *dominium* à celui qui la recevait, mais sans qu'on eût accompli la

mancipation ou un autre mode d'acquérir du droit civil, et que le possesseur en voie d'usucaper cette chose en perdait la possession. Dans cette circonstance, la revendication civile n'était pas donnée à l'ex-possesseur : la publicienne était donc utile (Gaïus, 2, § 41, et 4, § 36). Elle se donnait même contre l'ancien propriétaire qui avait repris la possession de sa chose ; et s'il se prévalait du défaut de mancipation et faisait insérer dans la formule l'exception *justi dominii*, le demandeur réclamait, à son tour, la réplique de dol. — Contre tout autre que l'ancien propriétaire ou son héritier, se prévalant d'une acquisition qu'il aurait faite postérieurement au demandeur, ce dernier avait la réplique *rei venditæ* ou *donatæ et traditæ* (L. 4, § 32, ff. *de doli mali et met. except.*;—L. 3, ff. *de except. rei vend.*).

2° Lorsqu'on avait reçu, avec juste titre et de bonne foi, mais *à non domino*, une chose soit *mancipi*, soit *nec mancipi*, si on perdait la possession avant d'avoir usucapé, la publicienne était nécessaire. Mais, dans ce cas, elle ne produisait pas contre toute personne le même effet que dans le cas précédent. Ainsi, si elle était intentée contre le véritable propriétaire, comme il eût été contraire à l'équité, partant au but de l'action publicienne, de dépouiller le véritable maître, on donnait à ce dernier l'exception *justi dominii* pour repousser la demande (L. 1, ff. *de public. in rem act.*; — *V.* Du Caurroy, t. II, n° 1190). De même, si, toujours dans le même cas, la publicienne était intentée contre un possesseur qui avait reçu la chose à juste titre et de bonne foi, dans le but d'en acquérir le domaine, on appliquait l'adage : « *in pari causâ melior est causa possidentis*, » pourvu que ce dernier possesseur tînt la chose soit du véritable propriétaire, soit d'un tiers autre que l'auteur de la première tradition (L. 31, § 2, ff. *de act. empt. et vend.*;—L. 9, § 4, ff. *de public.*). — Dans le cas contraire, c'est-à-dire quand c'était le même tiers qui avait vendu aux deux contendants, le premier possesseur était préféré (*eod.*). — *V.* MM. Ortolan, t. III, p. 606; Étienne, t. II, p. 419, et Demangeat, t. II, p. 504.

3° Celui qui, dans les provinces, avait possédé assez longtemps pour être en droit d'opposer l'exception *longi temporis*, pouvait, en cas de perte de sa possession, recourir à

l'action publicienne, l'action en revendication lui étant refusée, parce que la prescription n'était pas un moyen de devenir propriétaire. Quant au possesseur provincial, qui perdait la possession avant d'être fondé à opposer l'exception *longi temporis*, c'est-à-dire avant l'écoulement des dix ou vingt ans de possession exigés, il n'avait pas droit d'invoquer la publicienne proprement dite ; mais on lui accordait la *publiciana actio utilis* (L. 8, C., *de præscript. trigint. ann.*).

4° Le propriétaire qui voulait user de la *rei vindicatio* était tenu, pour triompher contre son adversaire, d'établir qu'il avait le *dominium ex jure quiritium*, c'est-à-dire qu'il avait reçu la chose de ses auteurs, véritables propriétaires, en remontant ainsi jusqu'au maître originaire. Il ne pouvait suppléer à cette preuve qu'en invoquant l'usucapion, qui lui conférait un droit indépendant de celui de ses prédécesseurs ; et s'il n'avait pas encore possédé un temps suffisant pour que l'usucapion fût accomplie, il avait le plus grand avantage à user de la publicienne (*Instit., de act.*, § 4).

Les possesseurs de bonne foi étant seuls capables d'usucaper, eux seuls pouvaient invoquer la publicienne (L. 1 et L. 7, §§ 11 et 17, *de public. in rem act.*). De même, les choses vicieuses, n'étant pas susceptibles d'usucapion, ne pouvaient être l'objet de l'action publicienne (L. 9, § 5; — L. 12, § 4, ff. *de public. in rem*). Toutefois, bien que les servitudes prédiales ne fussent pas soumises à l'usucapion, comme, d'après le droit prétorien, elles étaient susceptibles d'acquisition par un long usage, l'action publicienne leur était applicable (L. 11, § 1, *eod.*) ; il en était de même de l'usufruit sous Justinien, qui paraît avoir rendu ce dernier droit susceptible d'usucapion par dix ans ou vingt ans de possession (M. Demangeat, p. 502). — Du reste, sous ce prince, les moyens d'acquérir du droit des gens ayant été confondus avec ceux du droit civil, et la prescription admise dans les provinces et l'usucapion ayant été également confondues, le premier et le troisième cas d'application de la publicienne avaient disparu. Le deuxième et le quatrième restaient seuls en usage (L. 11, § 1, ff. *de public. in rem;* — L. 10, § 1, ff. *de usurpat.;* — L. 14, ff. *de servitutibus*).

L'action contraire à la publicienne se donnait à celui contre

lequel l'usucapion s'était accomplie pendant qu'il ne pouvait agir, soit qu'il fût absent, soit que le possesseur fût absent, n'ayant point de représentant légal contre lequel on pût revendiquer. Elle permettait à l'ancien propriétaire de revendiquer, dès que la chose serait possible, comme si l'usucapion n'avait pas eu lieu. Mais il fallait, pour que la contraire à la publicienne fût accordée, que l'absence du propriétaire, quand l'impossibilité d'agir venait de son fait, fût basée sur une juste cause, comme un service public, une détention chez l'ennemi. Si, au contraire, l'impossibilité d'agir avait été causée par le possesseur qui s'était caché pendant les délais de l'usucapion, pour empêcher l'interruption, l'action contraire était accordée, quel que fût le motif de l'absence du possesseur. — Au temps de Justinien, ce dernier cas d'application était inutile; car cet empereur avait permis l'interruption de l'usucapion contre l'absent, au moyen d'une protestation soit devant le président, soit devant l'évêque, soit même devant le défenseur de la cité (L. 1, § 1 ; — LL. 2, 9, 13, 14 et 15 ; — LL. 21, *pr.*, §§ 1 et 2 ; 22 et 23, *pr.*, et §§ 4; 25 et 26, §§ 2 et 3, ff. *de public. in rem act.*; — L. 2, C., *de ann. except.*; — *Inst.*, *de act.*, § 5).

L'action contraire à la publicienne devait être intentée dans l'année, à partir du jour où l'impossibilité d'agir avait cessé. — Justinien substitua à ce délai celui de quatre années continues (*V.* L. 35, ff. *de oblig. et act.*; — tit. *ex quib. majores*; — L. 7, C., *de temp. in integr. restit.*).

Afin de venir au secours des créanciers victimes des fraudes de leur débiteur, la loi *Ælia Sentia*, portée en l'an 757 de Rome, les avait autorisés à attaquer les affranchissements qu'il avait faits dans l'intention de se rendre insolvable et qui, en fait, l'avaient rendu tel (*Inst.*, *quibus ex causis*, §§ 2 et 3; — texte, C. 1, §§ 37 et suiv.). — Par extension du principe posé dans cette loi, le préteur Paulus accorda aux créanciers le droit d'attaquer les aliénations frauduleuses consenties par leur débiteur. L'action qu'il créa à cet effet fut appelée action Paulienne (*Instit.*, *de act.*, § 6).

Cette action, au moyen de laquelle les créanciers réclamaient la chose aliénée frauduleusement par leur débiteur, tout comme si l'aliénation n'avait pas eu lieu, était une action

réelle, ainsi que le prouve la place qu'elle occupe dans les *Institutes* de Justinien, qui, énumérant les actions réelles prétoriennes, s'en explique entre les actions publiciennes et les actions préjudicielles, dont le caractère de réalité ne saurait être contesté (*V.* Du Caurroy, nos 1188 et suiv. ; — Étienne, t. II, p. 423).

Pour triompher par la paulienne, les créanciers devaient établir que leur débiteur avait eu l'intention de les frauder, et qu'en fait il leur avait causé préjudice. Il fallait, de plus, que les tiers acquéreurs eussent été complices de la fraude, à moins que ces derniers n'eussent reçu la chose à titre gratuit, auquel cas l'action ne se donnait contre eux que jusqu'à concurrence du profit retiré, s'ils avaient traité de bonne foi (LL. 6, § 11 ; 9, 10, §§ 2 et 25, ff. *quæ in fraud. credit.*—*V.* les auteurs cités).

Pour établir le préjudice dont ils se plaignaient, les créanciers devaient se faire envoyer en possession de l'universalité des biens de leur débiteur (*suprà*, C. 3, §§ 78 et suiv.). Une fois cet envoi ordonné, le débiteur était dépouillé de l'administration et de la disposition de ses biens ; tous ses droits passaient à ses créanciers ou au syndic choisi par eux. La vente se faisait par adjudication, et l'acheteur était considéré comme un successeur universel du débiteur. Ce n'était qu'après cette vente, et en cas d'insuffisance des biens adjugés, que l'action paulienne était accordée contre l'acquéreur des biens frauduleusement aliénés (Gaïus, *eod.*).

Le préjudice occasionné aux créanciers ne donnait lieu à l'action paulienne qu'autant que le débiteur frauduleux avait fait sortir des biens de son patrimoine : il ne suffisait pas qu'il eût manqué de faire une acquisition qui lui était possible. Ainsi, quand un débiteur refusait d'accepter une hérédité ouverte à son profit, ses créanciers n'avaient pas droit à l'action paulienne, alors même que ce refus leur était nuisible (L. 6, *pr.*, et § 2, ff. *quæ in fraudem credit.* — *V.* l'art. 788 de notre code civil, qui a adopté une disposition contraire).

A côté de cette action réelle, le Digeste rapporte un édit du préteur qui avait établi une action personnelle *in factum* et arbitraire, dont le but était de faire révoquer les actes qu'un débiteur avait faits en fraude de ses créanciers, sans distin-

guer entre les aliénations et les obligations par lui consenties. Elle était donnée dans les mêmes cas et sous les mêmes conditions que l'action réelle paulienne (L. 10, § 24, ff. *quæ in fraudem; —* L. 7, *pr.*, C., *de temporibus in integr.*, etc.).

L'une et l'autre devaient être intentées dans l'année utile; dans les quatre années continues, à partir de la vente, depuis Justin. Mais l'action personnelle s'accordait après ce délai, jusqu'à concurrence du profit retiré (*eod.*).

Un interdit restitutoire était en outre accordé aux créanciers fraudés, dans le même but que les actions dont nous venons de parler. Par cet interdit, appelé *fraudatoire*, les créanciers n'étaient tenus de prouver que la possession de la chose aliénée par leur débiteur, à la différence du cas où ils agissaient par l'action réelle paulienne, et dans lequel ils devaient établir la propriété de celui-ci (L. 10, *pr.*, ff. *quæ in fraud. credit.*).

L'action servienne, appelée ainsi du nom de son auteur, le préteur Servius, avait pour but de permettre au bailleur d'un fonds rural la revendication des objets que le colon avait promis d'y apporter comme sûreté de ses fermages. Elle se donnait contre tout tiers détenteur desdits objets, même contre le débiteur. Pour que cette action pût être exercée par le propriétaire du fonds, il n'était pas nécessaire que les choses affectées au prix du fermage eussent déjà été apportées dans la ferme. Il faut ajouter qu'à la différence du contrat ordinaire de gage, qui, chez les Romains, se formait par la tradition seule de l'objet du gage, et qui même, dans le principe, n'existait que si le débiteur avait transporté (fiduciairement) la propriété de la chose au créancier, dans le cas de l'action servienne, au contraire, la poursuite du gage pouvait se faire en vertu de la convention seule, même avant toute tradition faite au bailleur, et aussi alors qu'il en avait perdu la possession (L. 17, § 2, ff. *de pactis;* tit. I et II, lib. XX, ff.; C., lib. VIII, tit. XIV et XV ; L. 12, § 7, ff. *qui potiores; — Instit.*, § 7, *de action.*).

Par extension de l'action servienne, l'action *quasi-servienne* ou *hypothécaire* était donnée à celui auquel, par la seule convention, un débiteur avait affecté un objet comme garantie de sa dette. Cette faculté accordée au débiteur de créer par un

simple pacte un droit de gage sur sa chose au profit de ses créanciers, avait été introduite dans le but de faciliter son crédit, en lui permettant d'assurer le payement de ses obligations (L. 12, § 7, ff. *quib. mod. pign.; L.* 16, § 3, *de pign. et hypoth.*).

De cette convention il résultait pour le créancier, comme dans le gage proprement dit, un droit réel qui lui permettait de suivre l'objet affecté dans la main de tout détenteur. Le gage et l'hypothèque furent considérés comme une même chose, parce qu'ils donnaient lieu à la même action; néanmoins on réserva la dénomination de gage au cas où l'objet affecté avait été livré, le mot *hypothèque* s'appliquant spécialement au cas contraire (L. 12, § 7, ff. *qui potior. in pign.;* L. 9, § 2, *de pigner. act.;* L. 4, *de pign. et hypot.;* L. 238, § 2, *de verbor. signific.*). On voit combien cette possibilité de conférer un droit réel par une simple convention était contraire aux principes rigoureux du droit civil, et ce n'est que par l'immense avantage qu'on en retirait pour le crédit qu'on peut expliquer l'introduction d'un tel moyen dès avant le temps de Cicéron (*V. suprà*, C. 3, § 91, p. 351).

A la différence des règles de notre droit, d'après lesquelles une hypothèque conventionnelle ne peut frapper que les biens présents, la convention de gage ou d'hypothèque pouvait, dans le droit romain, s'étendre sur les biens à venir (L. 12, *pr.*, et § 3; L. 34, § 2, ff. *de pign. et hypot.*).

La même législation reconnaissait des hypothèques tacites. Telles étaient celle du fisc sur les biens de son débiteur; celle des mineurs de vingt-cinq ans sur les biens de leurs tuteurs et curateurs; celle des légataires sur les biens de la succession, et celle de la femme mariée pour la reprise de sa dot. Le locateur d'un fonds urbain avait un gage tacite sur les meubles garnissant l'appartement de son locataire : il en faut dire autant du bailleur d'un fonds rural sur les fruits de ce fonds (LL. 4 et 7, ff. *in quib. causis;* L. 5, C., *de loc. et cond.;* L. 6, C., *in quib. causis pign.;* L. 8, § 4, C., *de sec. nupt.;* L. 6, § 4, C., *de bon. quæ lib.;* L. 46, § 3, C., *de jure fisci;* LL. 1 et 2, C., *in quib. caus. pign.;* L. 20, *ib.*, *de administ. tut.*).

L'action hypothécaire qui, comme la servienne, donnait au créancier trois droits bien distincts : celui de vente, celui de

préférence et celui de suite, ne pouvait pas, comme en droit français, être exercée par un créancier hypothécaire que d'autres créanciers hypothécaires auraient primé, à moins qu'il ne les eût désintéressés. Mais, d'un autre côté, la date de l'établissement des gages ou hypothèques déterminait la préférence, de telle sorte que le créancier hypothécaire non possesseur primait le créancier nanti du gage, mais postérieur en date. Il y avait toutefois exception à cette dernière règle pour certaines hypothèques : notamment pour celle du fisc, celle de la femme pour sa dot, etc. (*V.* ff. lib. XX, tit. I et IV, et spécialement L. 12, *pr.*, et § 7 de ce dernier titre ; LL. 1 et 5, *pr.*, ff. *de distractione pignorum;* — Cod., tit. XVIII, lib. VIII; — LL. 4, 8 et 12; L. 1, tit. XLVI, lib. IV. — *V.* Du Caurroy, nº 1204).

Le créancier qui agissait par l'action hypothécaire devait établir que le droit réel lui avait été valablement consenti, et que l'objet sur lequel il prétendait l'exercer était *in bonis debitoris* au temps de la convention. On pouvait lui opposer les mêmes exceptions qu'au débiteur agissant par la revendication ou par la publicienne. On avait encore contre ce créancier le *beneficium excussionis*, ou de discussion, par lequel toute personne ayant à la fois une hypothèque spéciale et une hypothèque générale était tenue de recourir à son hypothèque spéciale, quand le tiers détenteur auquel elle s'adressait en vertu de son hypothèque générale lui opposait la discussion. La Novelle 4, ch. 2, introduisit un second bénéfice de discussion au profit du tiers détenteur poursuivi hypothécairement. Ce dernier eut la faculté de renvoyer le créancier poursuivant au débiteur et à ses cautions, et de paralyser ainsi l'action hypothécaire jusqu'à ce que les biens de ce dernier eussent été discutés. Ce second bénéfice n'était pas opposable au créancier mis en possession de la chose grevée et qui aurait perdu cette possession (L. 23, ff. *de probat. et præsumpt.;* LL. 18 et 29, § 2, ff. *de pignorib. et hypoth.*).

Les actions préjudicielles étaient celles dans lesquelles il s'agissait uniquement d'arriver, par décision judiciaire, à la constatation d'un état ou d'un fait dont on se proposait de tirer un avantage ultérieur. Longtemps on avait cru que leur usage se bornait aux questions d'état ; il est reconnu aujour-

d'hui qu'elles étaient souvent employées pour la simple constatation d'un fait, par exemple pour la fixation de la dot constituée d'une manière indéterminée et non encore exigible (L. 3, C., *de dotis prom.*; — M. Demangeat, t. II, p. 542), pour la question de savoir si les *sponsores* ou les *fidepromissores* avaient été avertis de l'étendue de leur obligation, comme le voulait la loi Apuléia. Toutes ces actions, moins la *causa liberalis*, avaient été créées par le droit prétorien (*Instit.*, *de act.*, § 13).

N. B. Il ne faut pas confondre ces actions avec les *præjudicia*, dont il sera parlé sous le § 133. Dans ce dernier cas, *præjudicium* veut dire *présomption*, *préjugé*, solution implicite d'une question qui doit être réservée.

La *causa liberalis* était employée soit qu'il s'agît de faire déclarer une personne esclave, soit qu'on voulût la faire reconnaître libre. Jusqu'à Justinien, l'homme litigieux était revendiqué devant le magistrat par un licteur, ou *assertor libertatis ;* la question pouvait être résolue jusqu'à trois fois, si le magistrat se prononçait pour l'esclave. Mais Justinien, ayant autorisé l'homme litigieux à se défendre lui-même, avait voulu que la chose jugée fût jugée à l'égard de tous (L. 2, ff. *de origine juris ;* L. 6, C., *de liberali causâ*). Justinien présente l'*assertor libertatis* comme étant, avant qu'il ne l'eût supprimé, indispensable à cette instance, soit que l'homme litigieux fût ou non en possession de la liberté (L. 1, C., *de adsertione tollendâ*). Toutefois, il est douteux qu'il en dût être ainsi d'une manière absolue, quand cet homme était *in libertate* et revendiqué comme esclave : que serait-il arrivé, en effet, dans le système contraire, s'il n'avait pas trouvé d'*assertor*?

Un *præjudicium* existait également sur la question de savoir si telle personne était ingénue ou affranchie. Le magistrat en accordait également quand on voulait faire décider si tel était *sui juris* ou fils de famille, s'il était parent ou allié de telles personnes (*Inst.*, *de action.*, § 13; — L. 1, § 2, ff. *de rei vindic.*; L. 5, C., *ne de stat. def.;* L. 2, C., *de ord. judic.;* L. 3, § 4, ff. *de agnosc. et alend. liber.*).

Par extension du droit civil, le préteur avait introduit un grand nombre d'actions qui étaient tantôt réelles, tantôt personnelles, suivant qu'elles correspondaient à des actions

civiles ayant l'un ou l'autre de ces caractères. Parmi elles, Gaïus énumère l'action qu'on donnait pour ou contre l'étranger qu'on feignait citoyen romain; celle qui se donnait contre un débiteur *diminué de tête*, qu'on feignait n'avoir pas subi cette diminution ; celle qui était accordée à l'envoyé en possession de biens prétorienne, qui compétait à l'acheteur de biens, et qu'on appelait *servienne* quand elle était exercée par l'acheteur des biens d'un défunt, et qui se nommait *rutilienne* quand elle était donnée à l'acheteur des biens d'un vivant (texte, §§ 34 et suiv., 70 et suiv. ; — *Instit.*, *de act.*, § 9; — ff., *lib.* XIII, *tit.* V ; C., *lib.* IV, 18).

L'action accordée au possesseur de biens, quand elle tendait à la poursuite d'une obligation que l'héritier pouvait réclamer par une action personnelle civile, était donnée à ce possesseur de biens comme action personnelle, et la formule en était ainsi rédigée : « *Soyez juge, si Aulus Agérius, dans le cas où il serait héritier de Séius, serait propriétaire, d'après le droit civil, du fonds dont il s'agit, et si quelque chose était dû à Séius : s'il appert que Numérius Négidius doive donner dix mille sesterces à Aulus Agérius, etc.* » (texte, § 34).

De même, dans le cas où il y avait lieu à une action personnelle contre un étranger, par exemple dans le cas de vol, le préteur donnait une formule ainsi conçue : « *Soyez juge, s'il appert qu'un vol d'une coupe d'or a été commis par l'aide ou les conseils de Dion, délit pour lequel il faudrait condamner Dion comme voleur, s'il était citoyen romain, etc.* » Si c'était au contraire l'étranger qui intentait l'action de vol, on disait : « *Soyez juge, s'il appert qu'un vol a été commis par Séius au préjudice de Dion, délit pour lequel il faudrait condamner Séius envers Dion, si ce dernier était citoyen romain, etc.* » (§ 37).

L'acheteur de biens (*emptor bonorum*) pouvait agir au moyen d'une formule dans laquelle il se feignait héritier, et qui était rédigée comme celle dont le possesseur de biens faisait usage. Mais quelquefois il procédait autrement ; car, écrivant son *intentio* du chef de celui dont il avait acheté les biens, il s'attribuait l'effet de la *condemnatio*, c'est-à-dire qu'il demandait que son adversaire fût condamné, au nom du vendeur, à lui faire avoir ce qui était la chose de ce dernier, ou ce qu'on

était tenu de lui donner. Cette action particulière s'appelait *rutilienne*, du nom de son auteur, le préteur Publius Rutilius (texte, 35, et C. 3, §§ 77 à 80; et *infrà*, § 86). L'action fictive était désignée sous le nom d'action *servienne* (Gaïus, § 35). — Il faut se garder de confondre cette dernière action avec la *servienne*, qui compétait au bailleur d'un fonds rural au sujet des meubles que le colon avait promis comme sûreté des fermages, et dont il a été parlé il n'y a qu'un instant.

Quand, au moyen d'un changement d'état opéré dans sa personne, un débiteur voulait se soustraire à l'acquittement de ses obligations, le préteur donnait contre lui une action dans laquelle il supposait ce changement non survenu (texte, 38, et C. 3, § 82-84).

Au nombre des actions purement personnelles prétoriennes, on comptait encore les actions *quod jussu*, *exercitoire*, *institoire*, *tributoire*, *de peculio*, de constitut, et la classe innombrable des actions *in factum* (*V.* §§ 69 et suiv., 45 et 47).

§ 39. Partes autem formularum hæc sunt : demonstratio, intentio, adjudicatio, condemnatio.

§ 39. Les parties de la formule sont : la *démonstration*, l'*intention*, l'*adjudication*, la *condamnation*.

On appelait *formule* l'acte écrit dans lequel le magistrat instituait le juge, dans lequel il déterminait les questions que celui-ci aurait à examiner et à résoudre, et les principes du droit qu'il devrait appliquer. — Quand un préteur entrait en fonctions, il publiait une grande quantité de formules qu'il inscrivait sur son *album*, parmi lesquelles le demandeur choisissait l'action qu'il prétendait exercer. Il dictait, en quelque sorte, au magistrat les faits qu'il invoquait, la prétention qu'il élevait et la condamnation qu'il demandait. De son côté, le défendeur dictait ses moyens de défense, auxquels le demandeur pouvait répondre. Après cela, le magistrat arrêtait la formule, avec laquelle il renvoyait les plaideurs devant le juge (L. 1, *pr.*, et § 1, ff. *de edendo;* — texte, §§ 133, 46, 131, 59, 41; — Asconius, *in Verrem;* — Cicéron, *pro Roscio comœdo*, 8).

§ 40. Demonstratio est ea pars formulæ quæ præcipue *illic* inseritur, ut demonstre-

§ 40. La *démonstration* est la partie de la formule qui expose d'abord la chose dont il

tur res de qua agitur, velut hæc pars formulæ : QUOD AULUS AGERIUS NUMERIO NEGIDIO HOMINEM VENDIDIT. Item hæc : QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM HOMINEM DEPOSUIT.

§ 41. Intentio est ea pars formulæ, qua actor desiderium suum concludit, velut hæc pars formulæ est : SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE; item hæc : QUIDQUID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE, FACERE OPORTERE; item hæc : SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE.

§ 42. Adjudicatio est ea pars formulæ qua permittitur judici rem alicui ex litigatoribus adjudicare : velut si inter cohæredes familiæ erciscundæ agatur, aut inter socios communi dividundo, aut inter vicinos finium regundorum. Nam illic *ita est :* QUANTUM ADJUDICARI OPORTET, JUDEX TITIO ADJUDICATO.

§ 43. Condemnatio est ea pars formulæ qua judici condemnandi absolvendive potestas permittitur, velut hæc pars formulæ : JUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE; item

s'agit, comme celle-ci : DE CE QU'AULUS AGÉRIUS A VENDU UN ESCLAVE A NUMÉRIUS NÉGIDIUS; ou celle-ci : DE CE QU'AULUS AGÉRIUS A DÉPOSÉ UN ESCLAVE CHEZ NUMÉRIUS NÉGIDIUS.

§ 41. L'*intention* est cette partie de la formule dans laquelle le demandeur exprime ce qu'il veut, comme dans cet exemple : S'IL APPERT QUE NUMÉRIUS NÉGIDIUS DOIT DONNER A AULUS AGÉRIUS DIX MILLE SESTERCES, et dans cet autre : TOUT CE QU'IL APPERT QUE NUMÉRIUS NÉGIDIUS DOIT DONNER OU FAIRE POUR AULUS AGÉRIUS ; et dans celui-ci : S'IL APPERT QUE CET ESCLAVE APPARTIENT A AULUS AGÉRIUS D'APRÈS LE DROIT CIVIL.

§ 42. L'*adjudication* est la partie de la formule qui permet au juge d'adjuger la chose à l'un des contendants : par exemple lorsqu'on agit entre cohéritiers par l'action *familiæ erciscundæ,* ou, entre associés, par l'action *communi dividundo*, ou, entre voisins, par l'action *finium regundorum;* car elle est ainsi conçue : JUGE, ADJUGEZ A TITIUS CE QUI DOIT LUI ÊTRE ADJUGÉ.

§ 43. La *condamnation* donne au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre. Ainsi : JUGE, CONDAMNEZ NUMÉRIUS NÉGIDIUS A DIX MILLE SESTERCES ENVERS AULUS AGÉRIUS ; S'IL N'APPERT PAS QUE NUMÉRIUS NÉGIDIUS DOIVE,

hæc : JUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DUNTAXAT X MILLIA CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVITO; item hæc : JUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM X MILLIA CONDEMNATO, et reliqua, ut non adjiciatur : *si non paret*, *absolvito*.

ABSOLVEZ; de même : JUGE, CONDAMNEZ NUMÉRIUS NÉGIDIUS A DIX MILLE SEULEMENT ENVERS AULUS AGÉRIUS; ABSOLVEZ, S'IL N'APPERT PAS QU'IL DOIVE; de même : JUGE, CONDAMNEZ NUMÉRIUS NÉGIDIUS A DIX MILLE; et la suite, sans ajouter : S'IL N'APPERT PAS, ABSOLVEZ.

Les parties principales de la formule étaient : la *démonstratio*, partie où le magistrat exposait le fait prétendu par le demandeur; l'*intentio*, où était exprimée la prétention du demandeur; l'*adjudicatio*, où le magistrat attribuait au juge le pouvoir d'adjuger à l'une des parties un droit de propriété appartenant à l'autre; et enfin la *condemnatio*, où le juge recevait le pouvoir de condamner ou d'absoudre.

§ 44. Non *tamen* istæ omnes partes simul inveniuntur, sed quædam inveniuntur, quædam non inveniuntur. Certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in præjudicialibus formulis : qualis est, qua quæritur aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliæ complures. Demonstratio autem et adjudicatio et condemnatio nunquam solæ inveniuntur : nihil omnino sine intentione vel condemnatione valet *demonstratio;* item condemnatio sine demonstratione vel intentione, vel adjudicatione nullas vires habet : ob id nunquam solæ inveniuntur.

§ 44. La *démonstration*, l'*intention*, l'*adjudication* et la *condamnation* ne sont pas réunies dans toute action. Certaines parties s'y trouvent, d'autres non. Quelquefois l'*intention* s'y trouve seule, dans les actions préjudicielles, par exemple; telles sont : l'action par laquelle on recherche si quelqu'un est affranchi; celle où l'on recherche la quotité d'une dot, et plusieurs autres. La *démonstration*, l'*adjudication* et la *condamnation* ne se trouvent jamais seules dans une formule. La *démonstration* n'a aucun effet sans *intention* ou *condamnation;* la *condamnation* ne produit aucun effet non plus sans *démonstration* ou *intention*, ou *adjudication;* aussi aucune partie autre que l'*intention* ne peut se trouver seule dans une formule.

Mais ces quatre parties n'étaient pas toujours réunies dans la formule. Ainsi, dans certaines actions réelles, l'*intentio* seule s'y trouvait : c'étaient les actions préjudicielles (*V.*, sous le § 38, p. 511). — L'*adjudicatio* ne se rencontrait jamais que dans trois actions particulières : les actions *familiæ erciscundæ, communi dividundo* et *finium regundorum,* les seules où le juge reçût le pouvoir de faire une attribution de propriété (*V.* sous le § 9). Dans un grand nombre d'actions, la formule ne contenait que deux parties, la *condemnatio,* et une partie qui réunissait l'*intentio* et la *demonstratio*, et qui prenait le nom d'*intentio*. C'étaient les actions *in factum* (*V.* sous le § 47).

Certaines formules *in jus* pouvaient également ne comprendre qu'une *intentio* et une *condemnatio*, sans *demonstratio :* telles étaient les actions réelles, pour lesquelles il était inutile de faire connaître le motif de la prétention, le fait générateur de la propriété ou du droit réel (Théoph., IV, 6, § 13; — L. 14, § 2, ff. *de except. rei judic.*). Il en faut dire autant des actions personnelles qui tendaient à une *certa pecunia*, dans lesquelles le motif de l'action s'énonçait de lui-même. Il est probable également que toutes celles où l'on demandait un *certum* quelconque étaient dispensées d'une *demonstratio*, et pour la même raison. Toutefois ce dernier point n'est établi sur aucun texte (*V.* §§ 41, 43, 34 et 86; — Cicér., *in Verrem,* 11, 12; — *pro Roscio comœdo*, c. 4).

L'*intentio* était la plus importante de toutes les parties de la formule; c'était celle où le magistrat fixait le point litigieux soumis à l'appréciation du juge. Il ne pouvait exister de formule sans *intentio*, à la différence des autres parties qui ne se trouvaient pas dans certaines actions, ainsi qu'il vient d'être dit.

Elle était tantôt conçue *in jus*, tantôt conçue *in factum*. L'*intentio* conçue *in jus* était celle où le juge avait une question de droit civil à examiner, et qui faisait rentrer l'action qui la contenait dans la classe des actions *in jus*. Elle était, au contraire, conçue en fait, quand elle ne laissait au juge qu'à examiner un point de fait : ce qui mettait l'action où elle était comprise parmi les actions *in factum* (texte, 45, 46 et 47).

Dans l'action *in jus*, le magistrat donnait au juge deux questions à décider : une question de fait, posée dans la

démonstration, et une question de droit, posée dans l'intention. Dans l'action *in factum*, le juge n'avait pour mission que de constater un fait, sans pouvoir vérifier si de ce fait résultait une obligation pour le défendeur ; c'était le préteur qui d'avance faisait cette appréciation, ne laissant au juge que l'application de la *condemnatio* (Etienne, *Instit. trad. et expliq.*, t. II, p. 351).

Outre les quatre parties que nous venons de mentionner, et qu'on appelait parties principales, la formule pouvait contenir des parties accessoires, que, dans le langage des jurisconsultes, on appelait *adjectiones* (texte, § 129).

Ces *adjectiones* n'étaient que des clauses inventées par les préteurs pour échapper aux conséquences rigoureuses du droit civil. Elles étaient tantôt, comme les exceptions, destinées à permettre au juge de faire prévaloir l'équité dans certains cas où le droit civil ne reconnaissait pas les moyens invoqués par le défendeur. Elles étaient aussi accordées au demandeur, pour l'empêcher d'encourir une déchéance à laquelle le droit civil ne lui permettait d'échapper qu'en n'usant pas de son droit. Telles étaient certaines prescriptions (V. *infrà*, 118 et suiv., 129 et suiv.).

Dans les formules, c'était le magistrat lui-même qui s'adressait au juge, à la différence de ce qui avait lieu dans les actions de la loi, où les parties s'adressaient directement la parole. Après avoir constitué le juge en ces termes : *Judex esto*, et, si l'action était personnelle, le préteur exposait ainsi dans la *demonstratio* le fait générateur de l'obligation : « *Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit.* » Il posait ensuite la prétention du demandeur : « *Quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare, facere oportet ex fide bonâ ejus ;* » et, plus bas, il ajoutait la *condemnatio* : « *Id, judex, Numerium Negidium condemnato ; si non paret, absolvito* » (texte, § 47).

Si l'action était réelle, après la nomination du juge, le préteur plaçait le fait générateur du droit du demandeur : « *Quod Aulus Agerius Titii hæres est.* » Il rédigeait ensuite l'*intentio* contenant la prétention du demandeur : « *Si paret eam rem ex jure quiritium Auli Agerii esse ;* » après quoi il écrivait la *condemnatio* : « *Quidquid ob eam rem dare, facere*

oportet Aulo Agerio Numerium Negidium, judex, condemnato, nisi restituat; si non paret, absolvito » (texte, § 41).

Autre exemple : « *L. Octavius judex esto : si paret fundum capenatem, de quo agitur, ex jure quiritium P. Servilii esse, neque is fundus L. Catulo restituatur, condemna* » (Cicér., *in Verrem*, II, *lib.* II, 12).

Observons que la *condemnatio* de la formule de l'action réelle était conditionnelle, c'est-à-dire qu'elle ne devait être prononcée, même en cas de preuve du fondement de la prétention du demandeur, qu'autant que le défendeur ne restituerait pas l'objet réclamé. On ajoutait, à cet effet, après la *condemnatio*, ou même on plaçait, immédiatement après l'*intentio*, cette clause restrictive : *nisi restituat*, qui donnait au juge le droit et lui imposait le devoir de prononcer l'ordre (*jussus*, *arbitrium*) de restituer; et ce n'était qu'à défaut d'exécution de ce *jussus* que le juge prononçait la condamnation.

Le demandeur pouvait même, lorsque la restitution était possible, l'exiger, et alors elle se faisait *manu militari*, c'est-à-dire par le ministère d'officiers qui étaient toujours à la disposition des magistrats (texte, §§ 47 et 163; — Cic., *in Verr.*, IV, 12; — L. 68, ff. *de rei vindic.*; — L. 1, C., *de off. mil. jud.*; —L. 3, *pr.*, ff *ne vis fiat ei*; — L. 2, C., *si mancip. ita ven.*; — L. 1, § 2, ff. *si ventr. nom.*). — M. Demangeat (t. II, p. 589) enseigne, toutefois, que l'emploi de la *manus militaris* pour reprendre la chose n'était admis qu'autant que le défendeur avait menti en disant qu'il ne pouvait restituer, ou qu'il ne payait pas la condamnation.

Les actions *in factum* ne contenant que deux parties, celle où le fait générateur du droit était énoncé, et la *condemnatio*, leur formule était ainsi conçue : « *Judex esto, si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato ; si non paret, absolvito* » (texte, § 47).

Les trois actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* et *finium regundorum*, comprenaient une quatrième partie, l'*adjudication*, ainsi conçue : « *Quantum adjudicari oportet, judex, Titio adjudicato.* » — *V.* sous le § 9.

§ 45. Sed eas quidem formulas in quibus de jure quæritur, *in jus* conceptas vocamus : quales sunt, quibus intendimus nostrum esse aliquid ex jure quiritium, aut nobis dare oportere, aut pro fure damnum *decidere oportere; in* quibus juris civilis intentio est.

§ 45. Les actions dans lesquelles le juge a une question de droit à décider sont dites conçues *in jus*. De cette espèce sont celles par lesquelles nous prétendons que quelque chose est nôtre d'après le droit civil, ou qu'on doit nous donner, ou prononcer sur un dommage causé par un vol, actions dans lesquelles *l'intention* donne à examiner un point de droit civil.

§ 46. Cæteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentionis conceptio est; sed initio formulæ nominato eo quod factum est, adjiciuntur ea verba, per quæ judici damnandi absolvendive potestas datur : qualis est formula qua utitur patronus contra libertum qui eum contra edictum prætoris in jus vocat; nam in ea ita est : RECUPERATORES SUNTO; SI PARET ILLUM PATRONUM AB ILLO LIBERTO CONTRA EDICTUM ILLIUS PRÆTORIS IN JUS VOCATUM ESSE, RECUPERATORES ILLUM LIBERTUM ILLI PATRONO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNANTO; SI NON PARET, ABSOLVUNTO. Cæteræ quoque formulæ, quæ sub titulo de in jus vocando propositæ sunt, in factum conceptæ sunt : velut adversus eum qui in jus vocatus neque venerit, neque vindicem dederit; item contra eum qui exemerit eum qui in jus vocatur : et denique innumerabiles ejusmodi aliæ formulæ in albo proponuntur.

§ 46. Les actions qui ne donnent pas une question de droit civil à décider sont dites conçues en fait; leur *intention* n'est pas comme celle des actions conçues en droit. Après avoir exposé en tête de la formule ce qui a été fait, on ajoute la *condamnation* : telle est l'action donnée au patron contre son affranchi, qui appelle ce patron *in jus*, contrairement à l'édit du préteur; car cette action est ainsi conçue : SOYEZ JUGES; S'IL APPERT QUE CE PATRON A ÉTÉ APPELÉ *in jus* PAR SON AFFRANCHI, CONTRAIREMENT A L'ÉDIT DU PRÉTEUR, CONDAMNEZ CET AFFRANCHI A DIX MILLE SESTERCES ENVERS SON PATRON; S'IL N'APPERT PAS, ABSOLVEZ. D'autres actions, qui sont proposées sous le titre *de in jus vocando*, sont aussi conçues en fait : telle est l'action qu'on donne contre celui qui, appelé devant le préteur, n'a pas comparu et n'a pas fourni de représentant, et celle qu'on donne contre celui qui a em-

pêché de se présenter quelqu'un qui était appelé devant le préteur. Beaucoup d'autres actions innombrables et conçues en fait sont proposées par le préteur.

§ 47. Sed ex quibusdam causis prætor et in jus et in factum conceptas formulas proponit, velut depositi et commodati. Illa enim formula quæ ita concepta est : JUDEX ESTO ; QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR, QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE, FACERE OPORTET EX FIDE BONA EJUS, ID JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO, *nisi restituat;* SI NON PARET, ABSOLVITO, in jus concepta est. At illa formula quæ ita concepta est : JUDEX ESTO ; SI PARET AULUM AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE, EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO ; SI NON PARET, ABSOLVITO, in factum concepta est. Similes etiam commodati formulæ sunt.

§ 47. Il y a des actions pour lesquelles le préteur peut délivrer une formule conçue en droit ou une formule conçue en fait : telles sont les actions de dépôt et de commodat; car cette formule : SOYEZ JUGE ; DE CE QU'AULUS AGÉRIUS A MIS EN DÉPÔT CHEZ NUMÉRIUS NÉGIDIUS UNE TABLE D'ARGENT, DONT IL S'AGIT, CONDAMNEZ NUMÉRIUS NÉGIDIUS ENVERS AULUS AGÉRIUS, A MOINS QU'IL NE RESTITUE LA TABLE, A TOUT CE QUE NUMÉRIUS NÉGIDIUS, A CAUSE DE CELA, DOIT DONNER OU FAIRE DE BONNE FOI POUR AULUS AGÉRIUS ; S'IL N'APPERT PAS, ABSOLVEZ, est conçue en droit. Mais celle-ci : SOYEZ JUGE ; S'IL APPERT QU'AULUS AGÉRIUS A DÉPOSÉ UNE TABLE D'ARGENT CHEZ NUMÉRIUS NÉGIDIUS, ET QUE NUMÉRIUS NÉGIDIUS, PAR DOL, NE L'A PAS RENDUE A AULUS AGÉRIUS ; SUIVANT LA VALEUR DE CETTE TABLE, CONDAMNEZ NUMÉRIUS NÉGIDIUS A PAYER UNE SOMME D'ARGENT A AULUS AGÉRIUS ; S'IL N'APPERT PAS, ABSOLVEZ, est une formule conçue en fait. Les formules de l'action de commodat sont semblables à celles-ci.

Les actions *in jus* étaient celles dont la formule posait au juge une question de droit civil à examiner, soit de propriété

(*si paret hominem ex jure quiritium Auli Agerii esse*), soit d'obligation (*si paret*, ou *quidquid paret dare, facere oportere*). Leur formule avait trois parties : la *demonstratio*, l'*intentio* et la *condemnatio*, à l'exception des *præjudicia*, dont nous avons déjà parlé, et qui n'avaient que l'*intentio*. Rappelons également que la *demonstratio* pouvait être supprimée dans toutes les formules d'actions réelles. Dans l'action *in factum*, au contraire, il n'y avait que deux parties, précisément par suite de son origine historique, cette formule ayant existé avant la formule *in jus*, et étant venue du système de procédure applicable aux pérégrins qui, ne participant pas au droit civil, ne pouvaient point invoquer les règles de ce droit et devaient nécessairement borner leur prétention à la constatation d'un fait, dont le juge tirait la conséquence. Dans l'action *in factum*, la *demonstratio* se confondait avec l'*intentio*, pour former la première partie de la formule, qui était immédiatement suivie de la *condemnatio*. Gaïus nous fournit plusieurs exemples de ces sortes de formules.

Ces deux espèces d'actions ne différaient pas seulement sous le rapport de la formule; les unes étaient susceptibles de produire certains effets qui ne pouvaient avoir lieu pour les autres. Ainsi la *litis contestatio* opérait novation d'une action *in jus* (à moins qu'elle ne fût réelle), et n'entraînait pas la même conséquence à l'égard d'une action *in factum* (un fait ne pouvant pas être nové). La plus-pétition n'entraînait déchéance dans une formule *in jus* qu'autant qu'elle avait eu lieu dans l'*intentio*, à l'inverse du cas où elle s'était produite dans une formule *in factum*, où elle faisait toujours encourir la déchéance. Les actions *in jus* étaient en général perpétuelles, à la différence des actions *in factum*, qui étaient annales. Enfin, les premières n'étaient accordées qu'à ceux qui avaient une personnalité propre, et non à ceux qui se trouvaient sous la puissance d'autrui. Ainsi les fils de famille ne recevaient du magistrat que des actions *in factum* (texte, § 60, et C. 2, §§ 86 et 96; 3, § 163; — L. 13, ff. *de oblig.*).

Plusieurs des actions que nous avons déjà examinées, et dont la plupart sont *in jus*, avaient leur origine dans le droit prétorien. Toutefois, le plus souvent, c'était par une formule *in factum* que le préteur investissait d'une action les droits introduits

par lui, ou qu'il étendait certaines actions civiles d'un cas prévu à des cas imprévus. Ainsi, quand le droit civil était inapplicable à raison de certaines circonstances, quand, par exemple, les fils de famille prétendaient un droit de propriété ou d'obligation pour eux-mêmes, comme ils n'avaient pas de personnalité distincte, et comme la propriété ou la créance était au père, et non à eux, le droit civil ne leur accordait pas d'action ; mais les actions *in factum*, ne soulevant aucune question de propriété ou d'obligation, pouvaient être exercées par les fils de famille. Aussi leur accordait-on les actions de dépôt et de commodat, lesquelles pouvaient faire l'objet d'une formule *in factum*, aussi bien que d'une formule *in jus* (texte, 47, et LL. 9 et 13, ff. *de oblig.*).

Plusieurs actions *in factum* étaient accordées pour étendre l'application d'un principe ou d'une loi. Nous en avons un exemple à l'occasion de la loi Aquilia. Il est même à remarquer que le droit prétorien avait introduit deux actions *in factum* au sujet de cette loi : la première, appelée *actio utilis in factum ex lege Aquiliâ*, qui s'appliquait aux cas analogues à ceux prévus par la loi même, et une action qualifiée purement *in factum*, parce que les faits pour lesquels elle était donnée ne présentaient pas la même analogie avec ceux qu'avait prévus la loi Aquilia.

Un grand nombre d'actions *in factum*, de création purement prétorienne, qui n'empruntaient rien aux actions civiles, avaient été introduites soit pour sanctionner un principe d'équité étranger au droit civil, notamment pour réprimer la violence ou le dol, soit pour faire respecter l'autorité des magistrats : telles étaient l'action *quod metûs causâ*, sur laquelle nous reviendrons ultérieurement, en traitant des actions arbitraires ; celle de dol, qui se donnait contre celui qui avait employé des ruses, supercheries ou machinations, pour tromper son adversaire ; l'action *de albo corrupto*, contre celui qui aurait dégradé l'album du préteur ; celle contre la partie qui avait, sans permission préalable, appelé *in jus* son père ou son patron ; et une foule d'autres (*Inst., de action.*, §§ 12 et 31).

Toutes les actions réelles civiles et presque toutes les actions réelles prétoriennes étaient *in jus*. Toutefois l'action servienne accordée au bailleur d'un fonds rural, quoique réelle,

était conçue *in factum*, de même que les actions accordées à l'emphytéote et au superficiaire. — Les *condictiones certi* et *incerti* étaient *in jus*. Il en faut dire autant des actions nées des contrats et des quasi-contrats reconnus par le droit civil; de celles qui naissaient des délits pour la réparation desquels le droit civil les avait créées. On voit donc que presque toutes les actions *in factum* étaient personnelles, et qu'elles avaient toutes leur origine dans la juridiction prétorienne (L. 1, C., *si pignor. convent.*; — Zimmern, § 65). — M. Bonjean, § 269, enseigne à tort que *toutes* les actions *in factum* étaient personnelles.

Les textes nous montrent quelquefois l'action *in factum* en opposition avec l'action prétorienne. Il n'en faut pas conclure que celle-ci était *in jus*; car le contraire est presque toujours la vérité, ainsi que nous venons de l'établir : quand il est dit notamment que l'action *in factum* était donnée au lieu de l'action de dol (qui était aussi *in factum*), cela doit s'entendre en ce sens que, dans ce dernier cas, le juge devait décider d'après les principes relatifs au dol, et non se borner à constater matériellement le fait en lui-même; il devait apprécier ce fait, en reconnaître le caractère et déterminer s'il constituait un dol. Dans l'action *in factum strictiori sensu*, celle de *jurejurando*, par exemple, il suffisait que le juge constatât le fait sans l'apprécier (L. 11, § 1, ff. *de dolo*; — Zimmern-Etienne, § 54; — Du Caurroy, nº 1218).

A côté des actions *in factum* que nous venons de parcourir, et qui ne donnaient au juge qu'un point de fait à examiner, on voit figurer l'action civile *præscriptis verbis*, qui, dans les textes, est appelée fréquemment *actio in factum præscriptis verbis*, et quelquefois même simplement *actio in factum*. Mais il faut se garder de la confondre avec l'*actio in factum* ordinaire, dont elle diffère essentiellement. Ainsi cette action, qui naissait des contrats réels et innomés, *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut facias*, *facio ut des*, avait une *intentio civilis*, conçue *in jus*, dont l'objet était indéterminé, et se rédigeait ainsi : « *Quidquid ob eam rem dare, facere oportet.* » Elle n'était *in factum* que sous le rapport de la *demonstratio*, et en ce sens qu'on y exposait l'énoncé du fait générateur de l'obligation, parce qu'on ne pouvait pas le désigner par une

dénomination légale qui n'existait pas (L. 6, C., *de transact.*; — L. 6, C., *de pactis inter empt. et vend.*; — L. 6, C., *de perm.*; — L. 9, 22, C., *de donat.*; — L. 7, § 2, ff. *de pactis*. ; — L. 23, ff. *comm. divid.*; — LL. 1, *pr.*, et § 2; 6, 8, 9, 15, 16, 19, ff. *de præscript. verbis*).

§ 48. Omnium autem formularum quæ condemnationem habent, ad pecuniariam æstimationem condemnatio concepta est : itaque et si corpus aliquod petamus, *velut* fundum, *mancipium*, vestem . . . . . mutatum, judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, *sed* æstimata re pecuniam eum condemnat.

§ 48. Dans toutes les formules qui contiennent la *condamnation*, cette condamnation est pécuniaire; si donc nous demandons un corps certain, comme un fonds, un esclave, un habit, le juge ne condamne pas le défendeur à donner la chose même, comme cela avait lieu autrefois, mais à payer l'estimation de la chose.

V. ce que nous disons sous le § 44, p. 519. — Sous le système formulaire, la condamnation était toujours pécuniaire, à la différence de ce qui avait lieu sous les actions de la loi, où, lorsqu'un droit réel était reconnu au profit du demandeur, le juge accordait la chose même (*suprà*, § 16). Au temps de Justinien, le juge condamnait à la restitution de la chose toutes les fois que cette restitution était possible, et à une somme d'argent dans le cas contraire (L. 17, C., *de fideic. libert.*, et *Instit.*, § 32, *de action.*).

§ 49. Condemnatio autem vel certæ pecuniæ in formula ponitur, vel incertæ.

§ 49. La *condamnation* mise dans la formule est d'une somme certaine ou incertaine.

§ 50. Certæ pecuniæ in ea formula qua certam pecuniam *petimus;* nam illic ima pars formulæ ita est : JUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNA ; SI NON PARET, ABSOLVE.

§ 50. La *condamnation* est certaine quand nous demandons une somme d'argent déterminée; car, dans ce cas, la dernière partie de la formule est ainsi : JUGE, CONDAMNEZ NUMÉRIUS NÉGIDIUS A DIX MILLE SESTERCES ENVERS AULUS AGÉRIUS ; S'IL N'APPERT PAS, ABSOLVEZ.

§ 51. Incertæ vero condemnatio pecuniæ duplicem significationem habet; est enim una cum aliqua præfinitione quæ vulgo dicitur cum taxatione; veluti si incertum aliquid petamus; nam illic *ima pars* formulæ ita *concipitur :* JUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DUNTAXAT X MILLIA CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE; diversa est, quæ infinita est, velut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est, si in rem agamus, vel ad exhibendum; nam illic ita est : QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVITO.

§ 51. Il y a deux sortes de *condamnations* à une somme incertaine : le montant de l'une est déterminé, ou taxé, comme on dit vulgairement. Ainsi, lorsque nous demandons quelque chose d'incertain, la dernière partie de la formule est ainsi conçue : JUGE, CONDAMNEZ NUMÉRIUS NÉGIDIUS A DIX MILLE AU PLUS ENVERS AULUS AGÉRIUS; S'IL N'APPERT PAS, ABSOLVEZ. La condamnation illimitée est différente. Ainsi, lorsque nous demandons comme nôtre une chose possédée par quelqu'un, c'est-à-dire si nous intentons une action réelle ou si nous agissons *ad exhibendum*, la *condamnation* est ainsi : SUIVANT LA VALEUR DE LA CHOSE, CONDAMNEZ NUMÉRIUS NÉGIDIUS A UNE SOMME ÉQUIVALENTE D'ARGENT ENVERS AULUS AGÉRIUS; S'IL N'APPERT PAS, ABSOLVEZ.

La *condemnatio*, partie de la formule, déterminait tantôt d'une manière précise la somme que le juge pouvait allouer; tantôt, au contraire, elle fixait seulement au juge une limite qu'il ne pouvait pas dépasser. Enfin, dans certains cas, le magistrat imposait au juge une limite plus vague, déterminée seulement par quelques circonstances que celui-ci devait apprécier; par exemple il permettait de condamner le défendeur jusqu'à concurrence de ce qui avait tourné à son profit. Il arrivait enfin, dans certaines actions, que le juge n'avait aucune limite qui restreignît la condamnation : il en était ainsi en matière de réclamation de propriété. — Quand la *condemnatio* ne précisait pas rigoureusement le montant de la somme que le juge pouvait prononcer contre le défendeur, et que, d'un autre côté, elle ne laissait pas à ce dernier toute latitude, elle était dite condamnation taxée. La condamnation

taxée se subdivisait elle-même en deux classes : la taxation, qui fixait un *maximum* que le juge ne pouvait pas dépasser, et la taxation vague, qui laissait au juge à apprécier le profit fait par le défendeur, ou le montant du pécule (LL. 2 et 5, *pr.*, et § 1, ff. *de peculio;* — LL. 30, 36 et 44, *eod.;* — L. 5, § 1, *de re jud.;* — L. 6, § 12, ff. *quæ in fraud. cred.*).

§ 52. Judex si condemnat, certam pecuniam condemnare debet, etsi certa pecunia in condemnatione posita non sit; debet autem judex attendere, ut, quum certæ pecuniæ condemnatio posita sit, neque majoris, neque minoris summa petita condemnet; alioquin litem suam facit : item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet, quam taxatum sit; alias enim similiter litem suam facit; minoris autem damnare ei permissum est . . . .

§ 52. Le juge, s'il condamne, doit condamner à une somme certaine, quoique la *condamnation* de la formule n'énonce pas une somme certaine; mais il doit faire en sorte, quandla *condamnation* est d'une somme certaine, de ne condamner ni au-dessous ni au-dessus de cette somme, sans quoi il ferait le procès sien; de même, si la *condamnation* est taxée, il ne doit pas dépasser cette taxe, car autrement il ferait le procès sien; mais il lui est permis de condamner à une somme moins élevée que celle portée dans la *condamnation* taxée.

Quoique la *condemnatio*, partie de la formule, fût incertaine, le juge devait toujours condamner à une somme *déterminée*. Il était appréciateur du fait et du droit, et se trouvait rigoureusement lié par les termes de la formule.

§ 53. Si quis intentione plus complexus *fuerit quam deberetur, rem perdit;* nec a prætore in in*tegrum restituitur*, *nisi quibusd*am casibus, in q*uibus a*ctore. . . . . *plus autem quatuor* modis petitur : re, tempore, *loco*, *causa*. . . . . . . milibus quæ *debeb*antur . . . . ex parte res est, totam

§ 53. Si quelqu'un a, dans l'*intention*, demandé plus qu'il ne lui était dû, il perd sa chose, et n'est pas restitué en entier par le préteur, si ce n'est dans quelques cas où le demandeur, à cause de son âge, est réintégré par le préteur. On peut demander plus qu'il ne nous est dû de quatre manières : par la

rem. . . . .
. . . . petere id etiam non adjecto loco. Causa plus petitur, velut si quis in intentione tollat electionem debitoris, quam is habet obligationis jure; velut si quis ita stipulatus sit : SESTERTIUM X MILLIA AUT HOMINEM STICHUM DARE SPONDES? deinde alterutrum ex his petat; nam quamvis petat quod minus est, plus tamen petere videtur, quia potest adversarius interdum facilius id præstare, quod non petitur. Similiter si quis genus stipulatus sit, deinde speciem petat, velut si quis purpuram stipulatus sit generaliter, deinde tyriam specialiter petat. Quinetiam licet vilissimam petat, idem juris est, propter eam rationem quam proxime diximus. Idem juris est, si quis generaliter hominem stipulatus sit, deinde nominatim aliquem petat, velut Stichum, quamvis vilissimum. Itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulæ concipi debet.

chose, le temps, le lieu et la cause. Si, pour mille qui vous sont dus, et qui ne représentent qu'une portion de la chose, vous demandez toute la chose, vous êtes dans le cas de plus-pétition; si on a promis de vous donner dans un an, et que vous demandiez aujourd'hui, vous êtes dans le même cas; si vous vous êtes engagé à donner dans un lieu, et que je vous demande simplement, il y a plus-pétition; car c'est demander plus que de demander sans ajouter le lieu où l'on est convenu de demander. On demande plus par la cause quand, dans l'*intention*, on ôte au débiteur le choix qu'il a pour acquitter son obligation : par exemple, si quelqu'un a stipulé ainsi : VOUS ENGAGEZ-VOUS A DONNER DIX MILLE, OU VOTRE ESCLAVE STICHUS? et qu'il demande l'un des deux sans laisser le choix; car, bien qu'on demande ce qui vaut le moins, on paraît demander plus, parce que, quelquefois, l'adversaire peut fournir plus facilement ce qu'on ne lui demande pas. Pareillement, si l'on a stipulé un genre, et qu'on demande un objet désigné : par exemple si quelqu'un a stipulé de la pourpre en général, et qu'il prétende de la pourpre de Tyr. Quand même il demanderait la pourpre la plus mauvaise, il en est ainsi par la raison que nous avons déjà dite. La solution est la même lorsqu'on a stipulé

un esclave en général, et que, plus tard, on en demande un qu'on désigne, comme Stichus, quoiqu'il vaille moins que les autres. C'est pourquoi la formule doit être conçue dans l'*intention*, comme la stipulation même.

La plus-pétition entraînait pour le demandeur déchéance de son droit. On pouvait demander plus, soit *à re*, à raison de l'objet en litige (quand, par exemple, on réclamait deux chevaux, alors qu'on n'avait droit qu'à un ; quand on demandait un fonds, alors qu'on ne pouvait prétendre, quant à présent, qu'à la mancipation de ce fonds) ; soit *tempore* (lorsqu'on agissait avant l'exigibilité de sa créance) ; soit *causâ* (lorsqu'on intentait une action sans laisser au défendeur le choix qui lui était réservé, quand, par exemple, il était débiteur sous une alternative, et qu'on demandait purement et simplement l'un des objets dus) ; soit *loco*, à raison du lieu, lorsqu'on demandait à être payé ailleurs qu'au lieu fixé.

Comme le créancier avait souvent intérêt à recevoir le payement ailleurs qu'au lieu convenu, le préteur imagina une modification à la formule, modification qui lui permit d'agir ailleurs, sans craindre de déchéance pour plus-pétition. Ce changement consista à rendre la formule arbitraire, en subordonnant la *condemnatio* au cas où le défendeur ne satisferait pas. De plus, le préteur rendit la *condemnatio* incertaine dans ce cas, pour qu'il fût permis au juge de prendre en considération la différence de lieu et d'en tenir compte dans sa sentence. — Observons que, si le créancier agissait par une action de bonne foi, ou même par une *condictio incerti*, comme il n'y avait pas lieu à plus-pétition, et que le juge était libre de déterminer le montant de la condamnation en appréciant la différence de lieu, il n'était pas besoin de l'action *quod certo loco* (texte, § 54, et *infrà*, §§ 61 et suiv., et L. 2, *pr.*, ff. *de eo quod certo loco ; — Instit.*, *de act.*, § 33).

Du reste, le créancier ne pouvait pas, même en usant de l'action *quod certo loco*, exiger son payement partout

ailleurs qu'au lieu fixé pour l'acquittement de l'obligation. Il n'avait le droit de choisir que l'un des lieux suivants : soit le domicile particulier du défendeur; soit Rome, qui était le domicile commun; soit le lieu où le défendeur s'était obligé (L. 2, C., *de jurisd. omn. jud.*; — L. 3, *eod.*, *ubi in rem*; — L. 33, ff. *ad municip.*; — LL. 19, §§ 1 et 2, et 20, ff. *de judic.*). — Ajoutons que le défendeur pouvait échapper à la condamnation en fournissant caution que le payement serait fait au lieu convenu (L. 4, § 1, ff. *de eo quod certo loco*).

Pour donner à l'acheteur d'un fonds, qui n'avait droit, quant à présent, qu'à exiger la mancipation, le moyen d'échapper à la plus-pétition, le préteur l'autorisa à faire insérer en tête de la formule une *prescription* (§§ 129 et 131) ayant pour objet la restriction de la demande à la mancipation, et lui réserva ainsi pour la suite l'action *empti*, à l'effet d'obtenir la tradition. Il créa un moyen analogue au profit d'un créancier de prestations périodiques qui voulait limiter sa demande aux prestations échues (§ 131).

Zénon atténua les conséquences de la plus-pétition à l'égard du créancier qui avait agi avant l'exigibilité de son droit. Il accorda, dans ce cas, au débiteur un délai double de celui qui résultait de l'obligation; mais cet empereur laissa subsister la peine de la déchéance contre celui qui avait demandé plus de toute autre manière qu'en agissant avant l'échéance. Justinien compléta le système de modération indiqué par Zénon en substituant, pour les autres cas, à la peine de la déchéance celle du triple de tous les dommages éprouvés par le débiteur contre lequel on avait demandé plus (*Instit.*, *de act.*, § 33).

§ 54. Illud satis apparet, in incertis formulis plus peti non posse, quia cum certa quantitas non petatur, sed quidquid adversarium dare, facere oportere intendatur, nemo potest plus intendere. Idem juris est et si in rem incertæ partis actio data sit; velut si hæres, quantam partem petat in eo fundo, quo de agitur, nescius esset : quod genus ac-

§ 54. On voit assez que, dans les actions incertaines, on ne peut demander plus, puisque, ne demandant pas une quantité certaine, mais tout ce que l'adversaire doit donner ou faire, personne ne peut ainsi demander plus qu'il ne lui est dû. Il en est de même quand on donne une action réelle pour une partie incertaine, par exemple lors-

tionis in paucissimis causis dari solet.

qu'un héritier ne sait pas la part qu'il demande de tel fonds ; ce genre d'action se donne dans des cas très-rares.

Puisque, dans une formule *incerta*, on ne demandait que ce que l'adversaire devait donner ou faire, il ne pouvait y avoir de plus-pétition.

§ 55. Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari, eumque ex integro agere posse, quia . . . . agi. . . . . *velut* si is qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit; aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur ; aut si cognitor aut procurator intenderit sibi dari oportere.

§ 55. Il est évident que si on demande une chose pour une autre, on n'encourt aucune déchéance, et l'on ne perd pas le droit d'agir intégralement : par exemple, si celui qui devait demander l'esclave Stichus a demandé Erotas, ou si quelqu'un auquel on devait en vertu d'une stipulation a prétendu qu'on lui devait en vertu d'un testament, et si un *cognitor* ou un *procurator* a prétendu qu'on devait donner à lui-même.

Dans les hypothèses prévues par ce paragraphe, l'action n'ayant pas fait porter le débat sur la chose due, la plus-pétition n'avait pu se produire.

§ 56. Sed plus quidem intendere, sicut supra diximus, periculosum est : minus autem intendere licet, sed de reliquo intra ejusdem præturam agere non permittitur ; nam qui ita agit, per exceptionem excluditur, quæ exceptio appellatur litis dividuæ.

§ 56. Il est dangereux, comme nous l'avons dit, de demander plus qu'il ne nous est dû ; on peut demander moins qu'il ne nous est dû, mais il n'est pas permis d'agir pour le surplus dans le cours de la même préture. Celui qui agirait ainsi serait repoussé par une exception appelée de *litige divisé*.

Celui qui demandait *moins* qu'il ne lui était dû n'était pas dans le cas de plus-pétition ; mais on le punissait de sa négligence en l'obligeant à remettre, à l'expiration de la préture

pendant laquelle il avait demandé moins, le surplus de ses droits. S'il agissait avant ce temps, il était repoussé par l'exception *litis dividuæ* (§ 122). Zénon porta une constitution par laquelle le juge put, dans la première instance, condamner le défendeur pour le surplus (*Instit.*, *de act.*, § 34).

§ 57. At si in condemnatione plus petitum sit, quam oportet, actoris quidem periculum nullum est; sed *reus*, *quum* iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuatur condemnatio. Si vero minus positum fuerit, quam oportet, hoc solum *actore* consequitur, quod posuit : nam tota quidem res in judicium deducitur, constringitur autem condemnationis fine, quam judex egredi non potest; nec ex ea parte prætor in integrum restituit : facilius enim reis prætor succurrit, quam actoribus. Loquimur autem exceptis minoribus XXV annorum; nam hujus ætatis hominibus in omnibus rebus lapsis prætor succurrit.

§ 57. Si l'on a demandé dans la *condamnation* plus qu'il n'est dû, le demandeur ne court aucun risque; mais si le défendeur a accepté une formule injuste, il est restitué en entier, pour qu'on allége la condamnation. Si le demandeur a laissé rédiger une *condamnation* inférieure à ce qui était contenu dans l'*intention*, il n'obtient que ce que porte cette *condamnation*; car la chose est toute déduite devant le juge, qui est contraint par les termes de la formule dont il ne peut s'écarter; et le préteur n'accorde pas la restitution en entier pour cette partie oubliée, car il est plutôt favorable aux défendeurs qu'aux demandeurs. Mais nous voulons parler des demandeurs qui ont plus de vingt-cinq ans, car le préteur vient en aide aux mineurs de cet âge pour toutes les choses omises.

Notre auteur, après avoir dit que c'est la prétention posée dans l'*intentio* qui peut entraîner plus-pétition, explique que la *condemnatio* exagérée ne peut avoir ce résultat.

Pourquoi le demandeur qui a obtenu une *condamnation* moindre que celle qu'il avait le droit de faire rédiger, d'après l'*intention* de sa formule, ne peut-il pas obtenir une nouvelle formule pour ce qui lui reste dû, tandis que celui qui, dans son action, a demandé une chose pour une autre, ou demandé

dans son *intention* moins qu'il ne lui était dû, n'est pas déchu? C'est parce que, dans ces deux derniers cas, le débat entre les plaideurs n'a pas porté sur le surplus qu'on demande par une action postérieure, au lieu que, dans le premier, la discussion s'est établie sur le tout, même sur ce surplus qu'on voudrait réclamer par une nouvelle action. Malgré la généralité des termes du § 57, il nous paraît difficile d'admettre que si la *condamnation* avait été mal rédigée par erreur de fait ou par inadvertance du magistrat, le demandeur ne pût pas la faire rectifier, même après la sentence (V. *Instit.* de Justin., liv. II, tit. XIX, §§ 5 et 6, et liv. IV, § 33, tit. IV).

§ 58. Si in demonstratione plus aut minus positum sit, nihil in judicium deducitur, et ideo res in integro manet : et hoc est, quod dicitur, falsa demonstratione rem non perimi.

§ 58. Lorsque, dans la *démonstration*, on a demandé plus ou moins qu'il n'est dû, rien n'est déduit devant le juge, ce qui fait que la chose reste entière : c'est ce qui a fait dire que la fausse *démonstration* ne fait pas péricliter l'affaire.

La *demonstratio* ne posait pas la prétention du demandeur : elle ne pouvait donc entraîner plus-pétition, à moins qu'elle ne se confondît avec l'*intentio*, comme cela avait lieu dans certaines actions (§§ 44 et 60).

§ 59. Sed sunt qui putant, minus recte comprehendi, nam qui forte Stichum et Erotem emerit, recte videtur ita demonstrare : QUOD EGO DE TE HOMINEM EROTEM EMI ; et si velit, de Sticho alia formula agat : quia verum est, eum qui duos emerit, singulos quoque emisse : idque ita maxime Labeoni visum est. Sed si is qui unum emerit, de duobus egerit, falsum demonstrat. Idem et in aliis actionibus est, velut commodati, depositi.

§ 59. Des auteurs pensent que la démonstration est régulière quand on demande moins ; car celui qui a acheté Stichus et Erotas paraît faire une *démonstration* régulière, lorsqu'il dit : DE CE QUE JE VOUS AI ACHETÉ L'ESCLAVE EROTAS ; s'il le veut, il peut intenter une autre action relativement à Stichus, parce que celui qui a acheté deux a acheté chacun de ces deux : telle était l'opinion de Labéon. Mais la *démonstration* est fausse lorsqu'on demande

deux, si on n'avait acheté qu'un. Il en est ainsi dans les autres actions, par exemple celles de commodat et de dépôt.

La *demonstratio* qui contenait *moins* ne faisait jamais encourir la plus-pétition, car le juge n'était pas amené à examiner une prétention exagérée. Mais que décider lorsqu'on avait posé dans la démonstration *plus* qu'il ne fallait? Nous trouverons la réponse dans le paragraphe suivant.

§ 60. Sed nos apud quosdam scriptum invenimus, in actione depositi, et denique in cæteris omnibus quibus damnatus unusquisque ignominia notatur, eum qui plus quam oporteret, demonstraverit, litem perdere : velut si quis, una re deposita, duas res deposuisse demonstraverit, aut si is cui pugno mala percussa est, in actione injuriarum esse aliam partem corporis percussam sibi demonstraverit. Quod an debeamus credere verius esse, diligentius requiremus. Certe quum duæ sint depositi formulæ, alia in jus concepta, alia in factum, sicut supra quoque notavimus, et in ea quidem formula, quæ in jus concepta est, initio res, de qua agitur, demonstretur, tum designetur, deinde inferatur juris contentio his verbis : QUIDQUID OB EAM REM ILLUM MIHI DARE, FACERE OPORTET ; in ea vero quæ in factum concepta est, *sine demonstratione ipsa intentione* res de qua agitur, designetur his verbis : SI

§ 60. Mais quelques auteurs décident que, dans l'action de dépôt et dans toutes celles où la condamnation fait encourir l'infamie, celui qui a, dans sa *démonstration*, demandé plus qu'il ne fallait, perd son procès : par exemple, si quelqu'un qui a déposé une chose déclare, dans sa *démonstration*, qu'il en a déposé deux, ou si celui qu'on a frappé sur la joue avec le poing déclare, dans sa *démonstration* de l'action d'injures qu'il intente, qu'on l'a frappé ailleurs. Examinons avec soin si cette décision est la véritable : comme il y a deux formules de l'action de dépôt, l'une conçue en droit, l'autre conçue en fait, ainsi que nous l'avons remarqué plus haut, et, comme dans la formule conçue en droit on expose premièrement, dans la *démonstration*, ce dont il s'agit ; qu'après cela on désigne et l'on pose la question de droit en ces termes : TOUT CE QUE, A RAISON DE CELA, IL DOIT DONNER OU FAIRE POUR MOI ; tandis que, dans la for-

PARET ILLUM APUD ILLUM DEPOSUISSE; dubitare non debemus quin, si quis in formula, quæ in factum composita est, plures res designaverit, quam deposuerit, litem perdet, quia in intentione plus posuit *quam oportebat.*

mule conçue en fait, la chose dont il s'agit est désignée dans l'*intention*, la *démonstration* étant supprimée : S'IL APPERT QU'IL A DÉPOSÉ CHEZ UN TEL, nous ne pouvons douter que si, dans une formule en fait, on désigne plus, dans la *démonstration*, que ce qu'on a déposé, on ne perde son procès, parce que c'est réclamer dans l'*intention* plus qu'on ne devait.

L'opinion des jurisconsultes romains était que, dans les actions infamantes, une *démonstration* exagérée faisait encourir la plus-pétition ; mais Gaïus distingue, à l'égard de l'action de dépôt, entre la formule *in factum* et la formule *in jus*. Dans la formule *in jus*, l'*intention* restant séparée de la *démonstration*, il est évident qu'on ne peut demander plus (*intendere*) que dans l'*intention*. Dans la formule *in factum*, au contraire, l'*intention* se confondant avec la *démonstration*, il peut arriver qu'on encoure le cas de plus-pétition, si on a demandé plus dans cette *démonstration*, parce que, dit Gaïus, on a, par cela même, demandé plus dans l'*intention*.

Quand la *démonstration* était *fausse*, comme il est dit au paragraphe précédent, et qu'il n'y avait cependant pas lieu à la déchéance pour plus-pétition, parce que l'action était *in jus*, le demandeur ne pouvait user de la formule obtenue, mais il lui était permis d'en réclamer une autre (§§ 58 et 59 comb.).

§ 60 *bis. Sunt præterea quædam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, sed modo solidum consequimur, modo minus, ut ecce si in peculium filii servive agamus; nam si non minus in peculio sit, quam persequimur, in solidum dominus paterve con-*

§ 60 *bis.* Il existe en outre des actions par lesquelles nous n'obtenons pas toujours intégralement ce qui nous est dû, mais tantôt la chose entière, tantôt moins, par exemple quand nous agissons contre le pécule d'un fils de famille ou d'un esclave ; car, si le pécule est d'une valeur au moins

demnatur; si vero minus inveniatur, eatenus condemnat judex, quatenus in peculio sit; quemadmodum autem peculium intelligi debeat suo ordine proponemus; item si de dote judicio mulier agat, placuit eatenus maritum condemnari debere, quatenus ejus facultates patiuntur; itaque si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur; si minus, in tantum quantum facere potest.

Sed et si quis cum parente suo patronove agat, item si socius cum socio judicio societatis agat: non plus actor consequitur, quam adversarius ejus facere potest.

égale à ce que nous poursuivons, le maître ou le père est condamné pour l'intégralité; mais, si le pécule est d'une valeur moindre, la condamnation du juge s'élève jusqu'à concurrence de ce pécule. Nous exposerons en son lieu la manière de calculer le pécule. On a voulu aussi que, dans le cas où la femme exerce l'action de dot, le mari ne soit condamné que suivant ses facultés. Si donc ses ressources s'élèvent à la valeur de la dot, il est condamné pour le tout; si elles sont moindres, il est condamné à tout ce qu'il peut payer. Lorsqu'on agit contre un ascendant ou un patron, comme lorsqu'un associé exerce l'action de société contre un de ses coassociés, le demandeur n'obtient que ce que son adversaire peut donner. (*Ce paragraphe est restitué du paragraphe* 36, tit. VI, *Inst.* de Justinien, liv. IV.)

Quand une femme actionnait son mari en restitution de sa dot; quand un demandeur poursuivait le pécule d'un fils de famille ou d'un esclave contre le père ou le maître; quand un fils ou un affranchi actionnait son père ou son patron; quand un associé agissait contre son coassocié; quand un créancier poursuivait son débiteur qui avait fait cession de biens, et sur les biens que celui-ci avait nouvellement acquis; lorsqu'un donataire agissait contre son donateur, en exécution de la donation : dans tous ces cas, le défendeur n'était condamné que jusqu'à concurrence de ce qu'il pouvait payer ou du pécule. On appelait *bénéfice de compétence* ce droit réservé à certains débiteurs, en faveur de leur position spéciale vis-à-vis de leurs créanciers (*Instit.*, *de act.*, §§ 36 et suiv.).

L'effet de ce bénéfice était de libérer pour le surplus le

débiteur qui l'invoquait, son obligation se trouvant novée par la *litis contestatio*. Le débiteur avait le droit de retenir sur son actif ce qui lui était nécessaire pour subsister (L. 173, ff. *de divers. reg. juris;* L. 19, § 1, ff. *de judiciis et ubi*). Le donateur poursuivi par le donataire avait même le droit de retenir ce qu'il devait, mais ce droit particulier ne s'étendait jamais aux autres débiteurs, auxquels le bénéfice de compétence était accordé (L. 12, ff. *de donationibus;* — LL. 20 et 41, ff. *de re judic.*).

Ni les héritiers ni les cautions ne pouvaient invoquer ce bénéfice, qui était purement personnel. Le débiteur qui avait négligé de l'invoquer n'était pas admis à répéter son payement. Si, plus tard, après l'avoir réclamé et obtenu, il acquérait de nouveaux biens, on ne pouvait pas l'inquiéter à l'égard de ces derniers; aussi le préteur ne l'accordait-il à l'un des *associés* et au mari actionné en restitution de dot qu'autant qu'ils s'engageaient par stipulation à payer le surplus quand ils le pourraient (L. 5, *pr.*, ff. *quod cum eo qui in alienâ potestate;* — L. 17, § 2, ff. *de soluto matrimonio;* — L. 41, § 2, *de re judicatâ;* — LL. 8 et 9, ff. *de condict. indebiti;* — L. 1, § 7, C., *de rei uxoriæ actione*).

Le mari avait, outre le bénéfice de compétence, le droit de faire sur la dot certaines retenues, mais alors seulement qu'il était poursuivi par l'action *rei uxoriæ* (*V.* sous le § 62). Ces retenues consistaient : 1° dans le cinquième par chaque enfant, lorsqu'à la mort de la femme il devait restituer la dot profectice; 2° le montant des impenses utiles et des impenses nécessaires. Il avait seulement le droit d'enlever les impenses voluptuaires. Justinien supprima le droit de retenue du cinquième par chaque enfant. Il n'accorda plus le droit de rétention que pour les dépenses nécessaires, ne donnant au mari qu'une action personnelle pour les dépenses utiles, soit de mandat, soit de gestion d'affaires, suivant que la femme en avait eu ou n'en avait pas eu connaissance (*Instit.*, *de act.*, § 29; — L. 9, ff. *de impens. in res dot.;* — L. 1, § 5, *de rei uxoriæ act.;* — L. 1, § 1, C., *de dote cautâ non numer.*).

§ 61. *In bonæ fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex æquo*

§ 61. Dans les actions de bonne foi, le juge détermine, suivant ce qui est bien et

et bono æstimandi, *quantum actori restitui debeat; in quo et illud* continetur, ut habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem causa præstare oportet, in reliquum eum cum quo actum est, condemnare.

équitable, tout ce qui doit être restitué au demandeur; de là il suit qu'après avoir admis la demande, si, à son tour, le demandeur doit fournir à son adversaire en vertu de la même cause, le juge ne doit condamner le défendeur qu'au reliquat.

§ 62. Sunt autem bonæ fidei judicia hæc : ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciæ, pro socio, tutelæ, *rei uxoriæ*, *commodati*.

§ 62. Voici des exemples d'actions de bonne foi : celles qui naissent de la vente, du louage, de la gestion d'affaires, du mandat, du dépôt, de la fiducie, de la société, de la tutelle, l'action *rei uxoriæ*, celle de commodat.

Les actions de bonne foi étaient celles dans lesquelles le juge prenait l'équité pour base de sa décision, sans être tenu d'appliquer les principes rigoureux du droit civil. Il avait un pouvoir plus étendu que dans les autres actions. Ainsi, bien que la formule contînt une question de droit civil à examiner, il prenait en considération la bonne foi, et devait admettre les prétentions contraires des parties, si elles étaient fondées sur l'équité. On appelait ces actions, actions de bonne foi, parce que leur formule contenait, ajoutés à la question de droit qu'elle posait, les mots : *ex fide bonâ*, ou ceux-ci : *quod æquius, melius*, ou autres équivalents (Cic., *de Off.*, III, 16 et 17; — *Topic.*, 36; — texte, §§ 47 et 63; — Zimmern-Étienne, § 63 *bis*).

Elles naissaient des contrats synallagmatiques, des quasi-contrats de communauté entre héritiers et autres, de la gestion d'affaires, de la fiducie, du mandat, du dépôt et de la tutelle. L'action *præscriptis verbis*, naissant du contrat estimatoire ou de l'échange, était aussi de bonne foi. Enfin, la *petitio hæreditatis*, quoique réelle, fut rangée par Justinien dans cette classe. Cet empereur y rangea aussi, dans un cas spécial, l'action *ex stipulatu*, qui était éminemment de droit strict de sa nature. La raison qui le porta à faire rentrer ainsi, pour un cas unique, l'*actio ex stipulatu* parmi les actions de bonne foi, tient à ce

que, sous la législation de ce prince, l'action *rei uxoriæ* accordée à la femme pour la réclamation de sa dot, et qui était de bonne foi, fut supprimée et fit place à celle *ex stipulatu*, à laquelle Justinien transporta les effets de la première. Avant cette suppression, les deux actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu* existaient pour des cas distincts. La première était générale, et se donnait à la femme, de quelque manière que la dot eût été constituée ; la seconde ne se donnait que s'il y avait eu stipulation que la dot serait restituée : elle était de droit strict, et, en conséquence, beaucoup plus rigoureuse à l'égard du mari, qui ne pouvait faire aucune retenue, réclamer aucun délai, ni opposer le bénéfice de compétence, à la différence de ce qui arrivait quant à l'action *rei uxoriæ* (*Instit.*, *de actionib.*, § 29 ; Bonjean, § 302 ; Étienne, *Instit. traduites et expliquées*, t. II, p. 443 ; — *suprà*, sous le § 60 *bis*).

Dans ces sortes d'actions, le juge était plus spécialement appelé arbitre. On désignait l'action sous le nom d'*arbitrium* (L. 24, ff. *depositi* ; — L. 52, § 2, *fam. ercisc.* ; — L. 15, C., *fam. ercisc.* ; — L. 26, ff. *comm. divid.* ; — L. 14, § 7, *de religiosis* ; — Gaïus, 4, § 141 ; — Cic., *pro Roscio*, 5 ; — *Topic.*, 17 ; — L. 18, C., *fam. ercisc.*).

De ce que, dans les actions de bonne foi, le juge prenait l'équité pour base de sa décision, il résultait que tout fait de dol, tant de la part du demandeur que de celle du défendeur, devait être suppléé par lui, sans qu'il fût nécessaire au demandeur d'invoquer l'action de dol ou la stipulation dite *cautio de dolo*, et sans que le défendeur eût besoin de faire insérer dans la formule l'exception de dol ou toute autre déduite de la mauvaise foi, notamment celle *pacti conventi* (L. 7, § 3, ff. *de dolo malo* ; — L. 84, § 5, ff. *de legat.* ; — LL. 3 et 6, ff. *de rescindendâ vendit.* ; — *Vaticana Fragm.*, § 94 ; — L. 7, §§ 5 et 6 ; — L. 58, ff. *de pactis* ; — LL. 6, § 1 ; 72, *de contrah. empt.* ; — L. 12, *de præscript. verbis* ; — L. 11, §§ 3 et 6, *de act. empti*).

Dans ces actions, le magistrat n'enjoignait pas au juge d'établir la compensation, laquelle paraissait s'accommoder aux actions de bonne foi, et qu'il était du devoir du juge de régler. En effet, rien ne serait plus contraire à l'équité que de condamner un défendeur à payer le montant de son obligation,

sans lui tenir compte de ce qui lui est dû par son adversaire.

De même, le juge devait d'office condamner le défendeur à la valeur des fruits des choses dues, ou à payer les intérêts, s'il s'agissait d'une somme d'argent, et cela du jour où il était en demeure, car dès ce moment il était en faute. Il n'était pas besoin d'une demande à part, à la différence de ce qui avait lieu relativement aux actions de droit strict (L. 32, § 2; — L. 34; — L. 31, *pr.*, ff. *de rebus creditis*).

De même, enfin, dans ces sortes d'actions, le juge devait suppléer d'office tout ce qui était d'usage commun dans les mœurs et dans la coutume, car rien n'eût été plus contraire à l'équité que de n'en pas tenir compte, alors que les parties avaient dû le prendre en considération (L. 31, § 20, ff. *de ædilit. edicto*).

A part ces traits caractéristiques, les actions de bonne foi ne différaient pas des actions de droit strict. Ainsi, toutes les exceptions qui n'étaient pas basées sur la mauvaise foi ne pouvaient être suppléées d'office par le juge. Il fallait, notamment, pour qu'il pût les prendre en considération, que les exceptions *procuratoriæ*, *cognitoriæ*, *litis residuæ, rei judicatæ*, *quod facere possit*, fussent insérées dans la formule (L. 8, ff. *de except. rei judicatæ*; — Gaïus, C. 4, § 107 ; — L. 7, ff. *de exceptionibus*; — Étienne, *Instit. trad. et expliq.*, t. II, p. 371 ; — Zimmern-Étienne, § 63).

Dans les actions de droit strict, le juge ne pouvait pas s'écarter des principes du droit civil, ni, en conséquence, prendre en considération la bonne foi et l'équité en dehors de ses principes. Aussi avons-nous vu que, dans les actions de la loi, dans l'*actio sacramenti*, sa mission se bornait à déclarer le *sacramentum* juste ou injuste, et, dans la *condictio*, que le demandeur qui réclamait de son adversaire une chose certaine, l'obtenait en entier ou ne l'obtenait pas, sans que le juge pût lui accorder une partie du montant de sa demande en lui refusant le reste.

Tel était le droit rigoureux du premier système de procédure; mais, en passant dans le système formulaire, si le principe fut maintenu, il dut nécessairement subir quelques modifications en s'accommodant à la formule. Ainsi, il est vrai que le juge ne pouvait pas, dans ce système, suppléer d'office ce qui était

bien et équitable, alors que le droit civil n'avait pas prévu la circonstance particulière qui était alléguée par le défendeur, dont l'obligation existait civilement, mais entachée d'un vice né de cette circonstance. C'est précisément pour prévenir une décision inique et contraire à l'équité que le préteur avait introduit dans sa formule certaines restrictions à l'ordre de condamner contenu dans la *condemnatio*, restrictions qui furent appelées *exceptions*. Si, par exemple, le demandeur actionnait une personne en vertu d'une stipulation dont les solennités avaient été régulièrement accomplies, le lien de droit était formé, alors même que la promesse eût été surprise par dol ou arrachée par violence, car le droit civil ne tenait pas compte de la circonstance dans laquelle la promesse avait été faite. — Mais comme il y aurait eu, dans ce cas, iniquité à condamner le défendeur, le préteur introduisait dans la formule, sur la demande de ce dernier, l'exception de dol ou de violence, qui permettait au juge de prendre ce fait en considération (texte, 116; — *Instit.*, *de except.*, § 1).

De même, si, après qu'une obligation civile avait été formée, les parties convenaient par pacte que le montant de l'obligation ne serait pas demandé, et que la première obligation fût née d'un contrat de droit strict, le juge ne pouvait avoir égard à la convention de pacte, que le droit civil ne regardait point comme obligatoire, qu'autant que l'exception *pacti conventi* avait été insérée dans la formule (*Instit.*, *eod.*).

Il en faut dire autant du cas où il y aurait eu chose jugée dans toute hypothèse où le droit primitif n'était pas éteint *ipso jure* par la sentence, sauf à remarquer ici que le défendeur avait besoin d'invoquer l'exception *rei judicatæ*, que l'absolution eût été prononcée en sa faveur dans une action de bonne foi ou dans une action de droit strict (texte, § 106).

En règle générale, les actions civiles étaient de droit strict; mais il faut entendre par actions civiles celles qui avaient pris naissance dans l'ancien droit civil. Ainsi les *condictiones* étaient toutes de droit strict; quant aux *condictiones*, qui avaient hérité de l'ancienne *condictio*, et qu'à raison de cela on appelait *condictiones certi*, ainsi que nous l'avons vu plus haut, comme elles tendaient toutes à une dation certaine, elles produisaient toujours ce résultat rigoureux, que le juge était

borné par les termes de la formule, et n'avait aucune latitude d'appréciation, soit quant à l'objet de l'obligation, soit quant aux obligations réciproques des parties, à moins que le magistrat ne lui eût enjoint, par une exception, d'y avoir égard. — Les *condictiones incerti* qui avaient recueilli l'héritage de la *judicis postulatio*, et dont le but était de faire prononcer une condamnation incertaine, quoiqu'elles fussent également actions de droit strict, laissaient par leur nature même, comme l'ancienne *judicis postulatio*, une plus grande latitude au juge, puisqu'il y avait pour lui nécessité d'apprécier les faits générateurs de l'obligation, pour fixer *quidquid dare facereve oportebat* (texte, §§ 53, 131, 136 et 137 ; — L. 75, § 7; L. 76, § 1, ff. *de verborum obligat.*).

De ce qui précède on peut conclure que les *condictiones incerti*, précisément à cause de la latitude qu'elles laissaient au juge, et de leur *condemnatio*, qui était *incerta*, comme celle des actions de bonne foi, sans cesser d'être de droit strict, ont cependant servi de transition, de chaînon destiné à rattacher les actions du droit strict originaire aux actions de bonne foi (Zimmern, § 62).

Nous avons vu, en exposant la division capitale des actions du système formulaire, que l'une des deux grandes classes de cette division comprenait les actions par lesquelles le demandeur prétendait un droit absolu sur une chose qu'il désignait comme sienne, tandis que celles par lesquelles il arguait d'une obligation formaient la seconde classe. Nous avons expliqué également que la distinction entre les actions par lesquelles on réclame un droit absolu, et celles par lesquelles on prétend un droit d'obligation, tenait à la nature même des actions, qu'elle se trouvait dans tous les systèmes de procédure. Nous savons aussi qu'à l'époque des actions de la loi, quand le *sacramentum* avait trait à une question de propriété ou autre droit réel, celui des contendants auquel la possession intérimaire était accordée fournissait une garantie appelée *prædes litis et vindiciarum*, qui assurait à l'adversaire, en cas de gain du procès, la restitution de la chose même et de ses fruits. Passant à la transfusion du système des actions de la loi avec celui des formules, nous avons remarqué qu'en matière de droits réels la formule *per sponsio-*

nem était une imitation du *sacramentum ;* qu'ici, comme dans l'ancien droit, le possesseur intérimaire garantissait par une caution appelée *pro prœde litis et vindiciarum* la restitution de la chose et de ses fruits. L'idée expresse de la restitution de la chose et de ses fruits passa jusque dans la formule pétitoire elle-même, en ce sens que le juge y fut chargé, quand il reconnut la justesse du droit du demandeur, d'ordonner cette restitution et de ne prononcer de condamnation pécuniaire contre le défendeur que faute par celui-ci de restituer (LL. 9, 58 et 68, ff. *de rei vindic. ;* L. 57, ff. *de hœreditatis petitione*).

A cet effet, le juge reçut du magistrat, et dans la formule même, le pouvoir de prononcer un *jussus* ou *arbitrium*, ordre préalable par lequel il ordonnait au défendeur de restituer la chose réclamée. Ce n'était qu'à défaut d'obéissance à cet ordre que la condamnation pécuniaire était prononcée. Les actions dans les formules desquelles ce *jussus* ou *arbitrium* pouvait être inséré furent appelées *arbitraires*, à cause du caractère distinctif de l'*arbitrium*, qui les séparait des actions de droit strict et des actions de bonne foi (*Instit.*, *de act.*, § 31).

Toutes les actions réelles, moins les actions *préjudicielles*, qui ne contenaient pas de *condemnatio*, et la *petitio hœreditatis,* que Justinien a classée parmi les actions de bonne foi, étaient arbitraires, tandis que les actions personnelles étaient en général *stricti juris* ou *bonœ fidei.* Toutefois, les actions personnelles *ad exhibendum*, *finium regundorum*, *de eo quod certo loco*, *quod metûs causâ*, *de dolo*, l'action paulienne, qu'elle fût personnelle ou réelle (*suprà*, p. 507 et 508), et enfin les actions noxales, étaient arbitraires (*Instit.*, *de action.*, §§ 31 et 33; — LL. 2, § 1 ; 4, § 3; 8, § 1, ff. *finium regundorum;* — L. 10, §§ 20 et 25, ff. *quœ in fraud. credit.*).

Toute personne qui voulait revendiquer la propriété d'une chose mobilière était intéressée à se la faire représenter, à l'effet d'en constater l'identité, et de s'assurer ainsi que c'était bien la chose sur laquelle elle avait le *jus dominii.* C'est dans le but de lui venir en aide qu'on créa l'action *ad exhibendum* (L. 3, §§ 3, 4 et 15; — L. 5, § 2; — L. 9, § 2; — LL. 13 et 14, ff. *ad exhibend.*).

Cette action, introduite pour faciliter la revendication, mais appartenant en général à quiconque était intéressé à l'exhibition d'une chose, était accordée contre toute personne à qui la possession ou la simple détention rendait l'exhibition possible, et même contre celui qui, par dol, se serait mis dans l'impossibilité d'exhiber (L. 1, 13 et 3, § 7, *eod.*).

L'exhibition devait être faite *cum omni causâ*, c'est-à-dire dans l'état où était la chose au moment de l'introduction de l'instance. Le demandeur devait donc être indemne du dommage qu'une exhibition tardive pouvait lui causer, notamment en ce qui concernait les fruits perçus pendant le litige; et si l'usucapion s'était accomplie depuis la demande, ce défendeur qui restituait devait consentir à ce que la revendication pût s'exercer sur la chose, tout comme s'il n'avait pas usucapé (L. 9, §§ 5 à 8; 10 et 11, *eod.*).

Il ne faut pas confondre l'action *ad exhibendum* avec l'interdit du même nom. Ce dernier se donnait pour la restitution des personnes libres *alieni juris* que le père voulait se faire représenter, tandis que l'action était relative aux choses et aux esclaves (L. 13, ff. *ad exhib.*; L. 1, § 2, ff. *de rei vindic.*; — *Instit.*, *de interd.*, § 1).

L'action *finium regundorum*, qui se donnait entre voisins, était arbitraire, en ce que le juge pouvait avoir à prononcer le *jussus* ou ordre préalable de faire des restitutions, d'abattre des arbres ou des constructions, pour le rétablissement des limites (LL. 22, § 1; 4, § 3; 8, § 1, ff. *ad exhib.*).

Dans l'action *quod certo loco*, dont nous avons parlé plus haut, le défendeur pouvait être absous alors même que l'*intentio* du demandeur était reconnue bien fondée; il suffisait, en effet, qu'il donnât caution de payer au lieu indiqué pour l'accomplissement de son obligation. C'est en ce sens qu'on peut dire que l'action *de eo quod certo loco* était arbitraire (L. 4, § 1, ff. *de eo quod certo loco*). — *V.* aussi Du Caurroy, *Instit. trad. et expl.*, t. II, p. 401, n° 1263.

Nous avons déjà expliqué que l'action *quod metûs causâ* était une action prétorienne au quadruple : elle se donnait contre toute personne qui avait tiré profit de l'aliénation ou de tout autre acte arraché par la violence. On l'appelait *actio personalis in rem scripta*, parce que son *intentio* était rédigée

in rem, c'est-à-dire d'une manière générale et absolue. — L'action de dol, au contraire, ne se donnait que contre l'auteur du dol (L. 9, § 8, ff. *quod metûs causâ; ff. de dolo*).

Les actions noxales, dont s'occupe Gaïus, §§ 75 et suiv., étaient arbitraires. Cela résulte clairement du texte du § 31, liv. IV, tit. VI, des *Instit.*, ainsi conçu : « *Præterеà, quasdam actiones* arbitrarias, *id est*, *ex arbitrio judicis pendentes*, *appellamus : in quibus*, *nisi arbitrio judicis is cum quo agitur actori satisfaciat*, *veluti rem restituat*, *vel exhibeat*, *vel solvat*, vel ex noxali causa servum dedat, *condemnari debeat.* » En outre, dans le § 1er, *de officio judicis*, on lit : « *Si noxali judicio addictus est observare debet (judex) ut si condemnandus videtur dominus ità debeat condemnare :* Publium Mœvium Lucio Titio in decem aureos condemna, aut noxam dedere. » Or, n'est-ce pas précisément à cet ordre de donner la chose même qu'on reconnaît le caractère distinctif de l'action arbitraire ? et peut-on dire que l'abandon noxal n'était pas ordonné au défendeur, quand on voit que Justinien considère comme rentrant dans le devoir du juge l'obligation d'y condamner ce défendeur ? Ajoutez aux deux textes cités un fragment de Paul, où il est dit : « *Arbitrio judicis absolvi eum oportet*, » en parlant du maître d'un esclave délinquant, et le doute ne sera plus permis (L. 4, § 1, ff. *de noxalib. act.*). — *V.*, dans notre sens, M. Du Caurroy, n° 1291. — M. Demangeat, t. II, p. 593, fait remarquer qu'entre l'action arbitraire proprement dite et l'abandon noxal il y a cette différence considérable que, dans l'action noxale, le choix du défendeur est parfaitement libre, tandis que, dans l'action arbitraire, le défendeur est plus ou moins à la discrétion de son adversaire.

Dans le principe, en effet, le *jussus* ou l'*arbitrium* n'était point obligatoire, en ce sens qu'on ne pouvait contraindre le défendeur à l'exécution, si ce n'est indirectement et par crainte de la condamnation. Le même principe resta applicable, même sous le troisième système, toutes les fois que la satisfaction ordonnée tendait à autre chose qu'à la restitution ou à l'exhibition d'une chose corporelle ; mais, dans ce dernier cas, l'*arbitrium* put, par la suite, être exécuté *manu militari*, à défaut de satisfaction volontaire. Cicéron semble indiquer

qu'il en était ainsi de son temps (Cic., *in Verrem*, II, 12; LL. 9 et 68, ff. *de rei vindicatione*).— *V.* p. 519, sous le § 44.

Les actions *in factum* ne posant pas de question de droit civil à examiner, le juge n'y était pas renfermé dans les principes de ce droit; elles n'étaient donc pas de droit strict. On ne peut pas dire non plus qu'elles fussent de bonne foi, puisqu'il n'était pas besoin d'ajouter à la formule les mots *ex fide bonâ* pour que le juge pût échapper à la rigueur du droit civil, qui ne s'appliquait pas. Nous voyons que toutes celles dans lesquelles une restitution ou exhibition était à faire rentraient dans la classe des actions arbitraires. Quant aux autres, elles étaient en dehors de la division que nous venons de parcourir (L. 14, § 4, ff. *quod metûs causâ;* — L. 18, ff. *de dolo;* — texte, §§ 45 et suiv., §§ 141, 163 et 165).

§ 63. *In his quidem* judici nullo *modo est injunctum* compensationis rationem habere; n*eque enim* formulæ verbis præcipitur; sed quia id bonæ fidei judicio conveniens videtur, id officio ejus contineri creditur.

§ 63. Dans ces actions, le préteur n'enjoint pas au juge d'établir la compensation, laquelle n'est pas ordonnée dans les termes de la formule; mais, comme la compensation paraît s'accommoder aux actions de bonne foi, il est du devoir du juge de la régler.

§ 64. Alia causa est illius actionis, qua argentarius experitur; nam is cogitur cum compensatione agere, *ita ut* compensatione verbis formulæ comprehendatur; itaque argentarius ab initio compensatione facta minus intendit sibi dare oportere; ecce enim si sestertium X millia debeat Titio, atque ei XX debeat Titius, ita intendit: si paret Titium sibi X millia dare oportere amplius, quam ipso Titio debet.

§ 64. Il n'en est pas ainsi dans l'action qui compète à l'argentier, car il est forcé d'agir avec la compensation, c'est-à-dire de la comprendre dans les termes de la formule; c'est pourquoi, dès le principe, l'argentier, ayant fait la compensation, demande moins dans son *intention;* car s'il doit dix mille sesterces à Titius qui lui en doit vingt mille, il met dans son intention : S'IL APPERT QUE TITIUS DOIT LUI DONNER DIX MILLE, COMPENSATION FAITE DE CE QU'IL DOIT LUI-MÊME A TITIUS.

L'argentier ne doit demander que la différence entre ce qu'il doit lui-même à son débiteur et ce que ce dernier lui doit. Entre dix et vingt, par exemple, la différence est dix; aussi l'argentier ne demandera-t-il pas vingt qui lui sont dus, sauf à en déduire dix après la condamnation; mais il bornera sa demande à dix, sous peine d'encourir la déchéance pour plus-pétition (*V.* nos explications sous le § 181 du C. 3).

§ 65. Item debet cum deductione agere velut bonorum emptor, ita, ut in hoc solum adversarius condemnetur, quod superest, deducto eo quod invicem sibi de fraudatoris nomine debetur.

§ 65. L'acheteur de biens doit également avoir soin de faire insérer une déduction dans la formule, pour que son adversaire ne soit condamné qu'à l'excédant, déduction faite de ce que lui, acheteur, doit à cet adversaire, du chef de celui dont il a acquis les biens.

Gaïus veut dire que l'acheteur doit déduire, dans sa demande, ce que celui dont il a acheté les biens devait lui-même au débiteur. Il est évident que, dans le cas du § 65, l'acheteur agit du chef de celui dont il a acquis les biens (C. 3, §§ 77 et suiv.).

§ 66. Inter compensationem autem, quæ argentario interponitur, et deductionem, quæ objicitur bonorum emptori, illa differentia est, quod in compensationem hoc solum vocatur, quod ejusdem generis et naturæ est : veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino; adeo, ut quibusdam placet, non omnimodo vinum cum vino, aut triticum cum tritico compensandum, sed ita, si ejusdem naturæ qualitatisque sit. In deductionem autem vocatur et quod non est ejusdem generis : itaque si pecuniam petat bo-

§ 66. La compensation qu'on oblige l'argentier à faire, et la déduction que l'acheteur de biens doit faire aussi, diffèrent en ce que, dans la compensation, on ne fait entrer que des dettes de même genre et de même nature : par exemple, on compense l'argent par l'argent, du froment par d'autre froment, du vin par d'autre vin (quelques auteurs veulent même qu'on ne compense pas du vin par toute espèce de vin, du froment par toute espèce de froment, mais par du vin et du froment de même nature et qualité); au lieu que dans la déduction, au contraire,

norum emptor, et invicem frumentum aut vinum tibi debeat, deducto eo, quanti id erit, in reliquum experitur.

on comprend des choses qui ne sont pas de même genre. Si donc l'acheteur de biens demande de l'argent, et qu'il vous doive du blé ou du vin, il n'agit que pour le reliquat, déduction faite de la valeur de ce blé ou de ce vin.

Il faut, pour l'explication de ce paragraphe, recourir à ce qui a été dit au com. 3, § 181.

§ 67. Item vocatur in deductionem, et id quod in diem debetur : compensatur autem hoc solum quod præsenti die debetur.

§ 67. On comprend aussi dans la déduction ce qui est dû à terme; dans la compensation, on ne fait entrer que les dettes exigibles.

§ 68. Præterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur : quo fit ut, si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat, et ob id rem perdat. Deductio vero ad condemnationem ponitur, quo loco plus petendi periculum non intervenit, utique bonorum emptore agente, qui, licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit.

§ 68. En outre, la compensation se place dans l'*intention;* ce qui fait que, si l'argentier demande un seul écu de plus qu'il ne lui est dû, compensation faite, il perd son procès et la chose. La déduction, au contraire, se place dans la *condamnation*, où on ne peut encourir le péril de plus-pétition, et où l'acheteur de biens, quoiqu'il agisse pour une somme déterminée, conçoit une *condamnation* incertaine.

V., *suprà*, com. 3, § 181.

§ 69. Quia tamen superius mentionem habuimus de actione, qua in peculium filiorum-familias servorumque agitur, opus est, ut de hac actione et de cæteris, quæ eorundem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus.

§ 69. Après avoir mentionné plus haut l'action qui tend à obtenir le pécule des fils de famille et celui des esclaves, il est besoin d'exposer avec plus de détails cette action et d'autres qui, au nom de ces personnes, se donnent habituellement contre les ascendants et les maîtres.

Les actions *quod jussu*, *exercitoire, institoire*, *tributoire*, *de peculio* , étaient données, contre le père ou le maître d'un fils de famille ou d'un esclave , pour les affaires qu'un tiers avait faites avec ce fils ou cet esclave. On remarque avec raison qu'elles étaient plutôt des attributions des diverses actions qu'on aurait données contre le père ou le maître, si l'affaire avait eu lieu directement entre lui et le tiers, qu'elles n'étaient des actions spéciales. Ainsi, dans le cas où le fils ou l'esclave avait fait un achat, une vente, un louage,c'étaient les actions *empti*, *venditi, conducti*, *locati*, qui étaient données contre le père ou le maître, avec une modification de formule que nous ne connaissons pas. On appelle ces actions *indirectes*, par opposition à celles qu'on aurait données si l'affaire eût été conclue avec le maître, et qu'on appelait *directes*.

§ 70. Imprimis itaque si jussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum prætor actionem in patrem dominumve comparavit : et recte, quia qui ita negotium gerit, magis patris dominive, quam filii servive fidem sequitur.

§ 70. Premièrement, si l'affaire s'est faite par l'ordre du père ou du maître, le préteur donne action pour le tout contre ce maître ou cet ascendant ; et cela est juste, parce que celui qui a contracté, dans ce cas, avec le fils ou l'esclave, a plutôt suivi la foi du maître ou de l'ascendant que celle du fils ou de l'esclave.

Si l'affaire avait été faite par l'ordre du père ou du maître, le préteur donnait action pour le tout contre le père ou le maître. C'était le cas de l'action *quod jussu*.

§ 71. Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam *et* institoriam. Tunc autem exercitoria locum habet, quum pater dominusve filium servumve magistrum navi præposuerit, et quid cum eo ejus rei gratia cui præpositus fuit, negotium gestum erit; quum enim ea quoque res ex voluntate patris

§ 71. Par la même raison, le préteur a établi les deux actions *exercitoire* et *institoire*. La première se donne contre le père ou le maître qui a préposé son fils ou son esclave à la direction de son navire, et lorsqu'on a contracté avec le préposé dans le cercle de ses attributions; et comme l'engagement paraît

dominive contrahi videatur, æquissimum *prætori* visum est in solidum actionem dari. Quinetiam, licet extraneum quisquam *magistrum navi* præposuerit, sive servum, sive liberum, tamen ea prætoria actio in eum redditur. Ideo autem exercitoria actio appellatur, quia exercitor vocatur is ad quem quotidianus navis quæstus pervenit. Institoria vero formula tum locum habet, quum quis tabernæ aut cuilibet negotiationi filium servumve, *vel etiam* quemlibet extraneum sive servum, sive liberum, præposuerit, et quid cum eo ejus rei gratia cui præpositus est, contractum fuit. Ideo autem institoria *appellatur*, *quia qui* tabernæ præponitur, institor appellatur : quæ et ipsa formula in solidum est.

avoir eu lieu d'après la volonté du père ou du maître, le préteur a jugé très-équitable de donner l'action pour le tout. Bien plus, quoiqu'on ait préposé quelqu'un qui est étranger au préposant, que ce soit l'esclave d'autrui ou un homme libre, cette action prétorienne se donne néanmoins contre le préposant. On la nomme *exercitoire*, parce qu'on appelle *exercitor* celui qui est chargé de la direction quotidienne d'un navire. On donne l'action *institoire* contre celui qui a préposé à la tête de son cabaret ou de tout autre établissement, son fils ou son esclave, et même quelqu'un qui lui est étranger, qu'il soit esclave ou homme libre, et lorsqu'on a contracté avec ce préposé dans les limites de ses fonctions. Cette action est appelée *institoire*, parce qu'on nomme *institor* le préposé d'une taverne : elle est également donnée pour le tout.

Les actions *exercitoire* et *institoire* se donnaient, la première contre le père ou le maître qui avait préposé son fils ou son esclave à la direction de son navire, et lorsqu'on avait contracté avec ce préposé dans le cercle de ses attributions; la seconde, contre celui qui avait préposé son fils ou son esclave à la tête de son cabaret ou de tout autre établissement, et lorsqu'on avait contracté avec le fils ou l'esclave dans les limites de ses attributions. Leur dénomination se tirait de ce qu'on appelait *exercitor* le préposé à la tête d'un navire, et *institor* le préposé d'une taverne. Elles se donnaient pour le tout contre le maître ou le père, parce que l'engagement paraissait avoir été contracté d'après leur volonté.

Elles se donnaient même dans le cas où le préposé était étranger au préposant, qu'il fût esclave ou homme libre. — Il est bon de remarquer que, dans le cas de ces deux actions et de l'action *quod jussu*, on ne considérait pas le fils ou l'esclave, ou le tiers étranger préposé, comme un mandataire, mais plutôt comme l'expression même de la volonté de son père ; car si on l'avait considéré comme mandataire, nous savons que le préposant n'aurait pas été tenu vis-à-vis des tiers contractants, puisque, dans les principes du droit romain, le mandataire n'obligeait pas son mandant vis-à-vis des tiers. Mais, comme si, dans ces cas, on avait appliqué vis-à-vis du fils ou de l'esclave les principes du mandat, il serait arrivé que, le mandant ne pouvant être poursuivi que *de in rem verso* ou *de peculio*, les tiers auraient été facilement lésés, le droit prétorien corrigea cette iniquité au moyen des trois actions que nous venons d'examiner. Quant à l'extension de cette règle d'équité à tout préposé autre que le fils ou l'esclave, elle s'explique par cette considération que le tiers qui traitait avec ce préposé avait en vue le préposant, et devait même croire le plus souvent contracter directement avec lui, qu'il ne connaissait pas.

§ 72. Præterea tributoria *quoque actio* in patrem dominumve *pro filiis filiabusve, aut servis ancilla*busve constituta est, quum filius servusve in peculiari *merce* sciente patre dominove *negotiatur. Nam si quid cum eo ejus rei causa contractum erit, ita prætor jus dicit, ut quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter patrem dominumve, si quid ei debebitur, et cæteros creditores pro rata portione distribuatur : et quia ipsi patri dominove distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit quam*

§ 72. En outre, on a établi l'action *tributoire* contre le père, pour le fait de ses fils ou filles, et contre le maître, pour le fait de ses esclaves mâles ou femelles, lorsque le fils ou l'esclave fait le commerce sur son pécule, à la connaissance de son père ou de son maître. Car si l'on a contracté, à l'occasion de ce commerce, avec le fils ou l'esclave, le préteur veut que tout ce qu'il y a de marchandises, et le bénéfice qui en sera provenu, soient partagés, proportionnellement aux créances, entre le maître ou le père, s'il leur est dû quelque chose, et les autres

oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur.

créanciers. Comme le préteur permet au père ou au maître de faire la distribution du pécule, si l'un des créanciers se plaint qu'on lui a donné moins qu'il ne devait lui revenir, on lui accorde l'action *tributoire.*

L'action *tributoire* se donnait à celui qui, au sujet de la distribution que le père ou le maître avait à faire du pécule aux créanciers de son fils ou de son esclave ayant commercé sur son pécule avec son autorisation, se plaignait de la répartition, qu'il ne trouvait pas équitable. Le partage devait être fait au marc le franc, sans préférence pour les créances du père ou du maître, qui n'avait que le droit de concourir (*Inst.*, *quod cum eo contract.*, § 3).

§ 73. *Præterea introducta est actio de peculio, deque eo quod in rem patris dominive versum erit, ut, quamvis sine voluntate patris dominive negotium gestum erit, tamen sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum præstare debeat; sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus præstare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem patris dominive versum intelligitur, quidquid necessario in rem ejus impenderit filius servusve : veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut ædificia ruentia fulserit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque si ex decem ut puta sestertiis, quæ servus tuus a Titio mutua accepit, creditori tuo quinque sestertia solverit, reliqua vero quinque quolibet*

§ 73. On a de plus introduit l'action de *pécule* et *de ce qui a tourné au profit du maître* ou du *père*, pour que, dans le cas où l'affaire aurait eu lieu sans la volonté du père ou du maître, ce père ou ce maître soit tenu jusqu'à concurrence de ce qui lui a profité, et pour que, s'il n'a profité de rien, il soit responsable jusqu'à concurrence du pécule. On regarde comme ayant tourné à l'avantage du père ou du maître tout ce que le fils ou l'esclave a dépensé utilement pour la chose de son père ou de son maître : comme si, ayant reçu de l'argent en *mutuum*, il l'a donné aux créanciers de son père ou de son maître ; s'il a réparé ses édifices qui croulaient, s'il a acheté du blé pour la famille de son père ou de son maître, ou s'il a acquis un fonds ou toute autre

*modo consumpserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes; pro cœteris vero quinque eatenus, quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet apparet, si tota decem sestertia in rem tuam versa fuerint, tota decem sestertia Titium consequi posse; licet enim una est actio qua de peculio, deque eo quod in rem patris dominive versum sit, agitur, tamen duas habet condemnationes. Itaque judex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet an in rem patris dominive versum sit: nec aliter ad peculii æstimationem transit, quam si aut nihil in rem patris dominive versum esse intelligatur, aut non totum. Quum autem quæritur, quantum in peculio sit, ante de*ducitur quod patri dominove, quique *in potestate ejus est*, *a f*ilio servove debetur: et quod superest, hoc solum peculium *esse* intelligitur. *Aliquando tamen id quod ei d*ebet filius servusve, qui in potestate patris dominive est, non deducitur ex peculio : velut *si* is cui debet, in hujus ipsius peculio sit.

chose qui était nécessaire à son père ou à son maître. Si donc ton esclave, sur dix sesterces qu'il a reçus de Titius en *mutuum*, en a donné en payement cinq à ton créancier et a dépensé le reste, n'importe de quelle manière, tu seras condamné à payer cinq sesterces; pour les cinq autres sesterces qui ne t'ont pas profité, tu ne seras tenu que jusqu'à concurrence du pécule. Tu vois par là que si tu avais profité des dix sesterces, Titius pourrait te poursuivre pour les dix sesterces; car, bien qu'il n'y ait qu'une action pour poursuivre le pécule et ce qui a tourné au profit du maître ou du père, cette action a deux *condamnations*. Aussi le juge devant lequel elle est portée a coutume d'examiner préalablement s'il y a eu profit pour la chose du maître ou du père, et il ne passe à l'estimation du pécule que si rien n'a tourné au profit du maître ou du père, ou s'il n'a pas profité de tout. Lorsqu'on examine quelle est la valeur du pécule, on déduit préalablement ce qui est dû au père ou au maître par le fils ou l'esclave, et aussi ce qui est dû à ceux que le père ou le maître a sous sa puissance. Le pécule se compose uniquement du surplus. Quelquefois cependant on ne déduit pas du pécule ce que le fils ou l'esclave doit à celui qui est soumis à la puissance du père ou du maître,

quand, par exemple, le fils ou l'esclave doit à un esclave qui fait partie de son pécule.

Le préteur avait aussi introduit l'action *de peculio* et *de in rem verso* contre le père ou le maître en faveur de celui qui avait traité avec le fils ou l'esclave qui commerçait, à l'insu de son père ou de son maître, sur son pécule. Elle se donnait jusqu'à concurrence du pécule, si le père ou le maître n'avait profité en rien de l'acte à l'occasion duquel il était actionné, et jusqu'à concurrence du profit qu'il en avait retiré, s'il y avait eu profit. Cette action avait une double condamnation. Le juge était dans l'usage d'examiner préalablement s'il y avait eu profit pour le père ou le maître, et de condamner jusqu'à concurrence de ce profit, le cas échéant; il ne passait à l'estimation du pécule que dans le cas contraire. Quand il y avait lieu à l'examen du pécule, on en déduisait préalablement ce qui était dû au père ou au maître (*Instit.*, *eod.*, § 4).

§ 74. Cæterum *dubium non est quin is quoque qui jussu patris* dominive contraxit, *cuique institoria vel* exercitoria formula competit, de peculio aut de in rem verso agere possit; sed nemo tam stultus erit, ut qui aliqua illarum actionum sine dubio solidum consequi possit, in difficultatem se deducat, probandi *in rem patris dominive versum esse, vel habere filium servumve peculium, et tantum habere, ut solidum sibi solvi possit.* Is quoque cui tributoria actio competit, de peculio vel de in rem verso agere potest; sed huic sane plerumque expedit, hac potius actione uti, quam tributoria; nam in tributoria ejus solius peculii ratio habetur, quod in his mercibus *continetur*, qui-

§ 74. On ne doute pas que celui qui a contracté par l'ordre du père ou du maître, et auquel compète l'action *exercitoire* ou l'action *institoire*, ne puisse agir *de peculio* ou *de in rem verso;* mais personne ne sera assez sot, lorsque, par une de ces actions, il peut sûrement poursuivre la totalité, pour se placer dans l'embarras de prouver que la chose a tourné au profit du maître ou du père, ou que le fils ou l'esclave a un pécule, et que ce pécule est assez riche pour qu'on puisse le payer en entier. Celui auquel compète l'action *tributoire* peut également agir *de peculio* ou *de in rem verso*, et il lui est plus avantageux, le plus souvent, d'intenter cette dernière ac-

bus negotiatur filius servusve, quodque inde receptum erit; at in actione peculii, totius : et potest quisque tertia forte aut quarta, vel etiam minore parte peculii negotiari, maximam vero partem *in prædiis vel* in aliis rebus habere. *Certe si a creditore* potest approbari id quod *erogatum fuerit*, in rem patris dominive versum esse, ad hanc actionem transire debet; nam, ut supra diximus, eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur.

tion que l'action *tributoire :* car, dans la *tributoire*, il n'obtient du pécule que ce qui était employé au commerce du fils ou de l'esclave, et ce qui a été reçu par lui à l'occasion de ce commerce ; dans l'action de *pécule*, au contraire, il obtient tout le pécule : or, quiconque a un pécule peut n'employer dans le commerce que le tiers, le quart et même une moindre partie de ce pécule, et en avoir la majeure partie en champs ou autres choses. Si le créancier peut prouver que ce qui lui est dû a tourné au profit du père ou du maître, il doit intenter l'action *de in rem verso;* car, ainsi que nous l'avons dit plus haut, on agit par la même action *de peculio* et *de in rem verso*.

Celui qui avait en sa faveur l'une des actions *quod jussu*, *exercitoire* ou *institoire*, pouvait intenter cette action, ou bien l'action *tributoire*, ou celle *de peculio*, à son choix ; mais il avait un intérêt évident à ne pas choisir l'une des deux dernières, puisque, dans la tributoire, il concourait avec le maître et n'avait droit qu'au pécule ou à une fraction, et que, dans l'action *de peculio*, il était primé par le père ou le maître, à moins qu'il n'y eût profit pour ce dernier, tandis que, dans l'exercice des trois premières actions, il agissait pour le tout.

Celui qui avait droit à l'action *tributoire* pouvait également agir par l'action *de peculio* et *de in rem verso*. Le plus souvent, cette dernière lui était plus avantageuse que la *tributoire*, par laquelle il n'obtenait que ce qui avait été employé du pécule au commerce du fils ou de l'esclave, et ce qui avait été reçu par lui à l'occasion de ce commerce ; au lieu que, par l'action *de peculio*, il obtenait tout le pécule, et même au delà, s'il y avait eu profit pour le père ou le maître. — Toutefois,

comme le père ou le maître primait les créanciers agissant *de peculio*, s'il n'y avait pas eu profit pour lui, et que tout le pécule, ou la majeure partie du pécule, eût été employé au commerce du fils ou de l'esclave, et si, en outre, il était dû quelque chose au père ou au maître, les créanciers avaient souvent plus d'intérêt à exercer la *tributoire*, car elle ne donnait qu'un droit de concours, et non de préférence, au père ou au maître..

§ 75. Ex maleficiis filiorumfamilias servorumve, velut si furtum fecerint, aut injuriam commiserint, noxales actiones proditæ sunt, uti liceret patri dominove aut litis æstimationem sufferre, aut noxas debere; erat enim iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse.

§ 75. Des délits des fils de famille et des esclaves, des vols ou des injures dont ils se sont rendus coupables, sont nées les actions noxales, qui laissent au père ou au maître la faculté de payer l'estimation du litige, ou de donner en noxe leurs fils ou esclaves; car il était injuste que la méchanceté de ces fils ou de ces esclaves préjudiciât aux maîtres ou aux pères au delà de la valeur de leur personne.

L'action *noxale*, née à l'occasion des délits commis par les fils de famille ou par les esclaves, était *arbitraire* et permettait au père ou au maître de se soustraire à l'obligation de réparer le dommage, en abandonnant au demandeur en propriété l'auteur du délit, si c'était un de ses esclaves qui avait causé le préjudice, et en donnant son enfant en *mancipium* quand il était l'auteur du délit. Ce mancipium pouvait cesser par la satisfaction donnée au créancier. Justinien abolit, quant aux enfants, l'abandon noxal, que l'usage avait déjà laissé tomber en désuétude (*Instit., de noxal. act.*). — *V.* sous le § 62, p. 538.

§ 76. Constitutæ sunt autem noxales actiones aut legibus, aut edicto: legibus, velut furti lege XII Tabularum; damni injuriæ lege Aquilia; edicto prætoris, velut

§ 76. Les actions noxales ont été établies par les lois ou par le préteur: par les lois, dans le cas de *vol*, par exemple, action établie par la loi des Douze Tables, et dans le

injuriarum et vi bonorum raptorum.

cas de l'action de *dommage injuste*, par la loi Aquilia; par l'édit du préteur, dans le cas d'*injures* et de *biens ravis par force.*

V., *suprà*, C. 3, §§ 182 et suiv., et C. 4, § 63.

§ 77. Omnes autem noxales actiones capita sequuntur : nam si filius tuus servusve noxam commiserit, quandiu in tua potestate est, tecum est actio : si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; si sui juris cœperit esse, directa actio cum ipso est, et noxæ deditio extinguitur. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit : nam si pater-familias noxam commiserit, et hic se in adrogationem tibi dederit, aut servus tuus esse cœperit, *quod* quibusdam casibus accidere primo commentario tradidimus, incipit tecum noxalis actio esse, quæ ante directa fuit.

§ 77. Les actions noxales sont toutes attachées à la personne; car si ton fils ou ton esclave a commis un délit, l'action noxale se donne contre toi, tant qu'il est en ta puissance; dès qu'il passe au pouvoir d'autrui, l'action se donne contre son nouveau maître; s'il devient *sui juris*, l'action devient directe et se donne contre lui-même, l'action noxale étant éteinte. A l'inverse, une action directe peut devenir noxale; car si un père de famille a commis un délit, et s'est ensuite donné à toi en adrogation, ou est devenu ton esclave, ce qui peut arriver dans plusieurs cas que nous avons expliqués dans notre premier commentaire, l'action devient noxale contre toi, de directe qu'elle était auparavant.

Quoique personnelle, l'action noxale se donnait contre tout détenteur de celui qui avait commis le délit; d'où il résultait qu'elle pouvait devenir directe si l'esclave était affranchi ou si le fils était fait *sui juris*, comme, à l'inverse, si le délit avait été commis par une personne libre qui était devenue esclave ou fils de famille, l'action devenait *noxale* (texte, *hìc*, *Instit.*, § 5).

La fin du § 77 nous enseigne que, si le délinquant est devenu *sui juris*, l'action de celui contre lequel le délit avait été commis devient, *directe*, de *noxale* qu'elle était. Le mot

action *directe* est employé dans plusieurs acceptions autres que celle-là : ainsi on dit qu'une action est *directe*, par opposition à celle qui, dans certains cas, vous est donnée contre votre cocontractant, qui lui-même a contre vous une action naissant du contrat, et qu'on appelle *contraire ;* cette action contraire naît de tous les contrats synallagmatiques. On appelle encore actions directes celles qui naissent du droit civil, par opposition à celles qui naissent du droit prétorien (V., *suprà*, § 34).

§ 78. Sed si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur ; nulla enim omnino inter me et eum qui in potestate mea est, obligatio nascitur. Ideoque etsi in alienam potestatem pervenerit, aut sui juris esse cœperit, neque cum ipso, neque cum eo cujus nunc in potestate est, agi potest. Unde quæritur si alienus servus filiusve noxam commiserit mihi, et is postea in mea esse cœperit potestate, utrum intercidat actio, an quiescat ? Nostri præceptores intercidere putant, quia in eum casum deducta sit, in quo actio consistere non potuerit : ideoque, licet exierit de mea potestate, agere me non posse. Diversæ scholæ auctores, quandiu in mea potestate sit, quiescere actionem putant, quum ipse mecum agere non possim : quum vero exierit de mea potestate, tunc eam resuscitari.

§ 78. Si un fils a commis un délit contre son père, ou un esclave contre son maître, il ne naît aucune action de ce délit ; car il ne peut y avoir d'obligation entre moi et celui que j'ai en ma puissance. Aussi, quoique ce fils ou cet esclave passe sous la puissance d'autrui ou devienne *sui juris*, le père ou le premier maître ne peut agir ni contre le fils ou l'esclave, ni contre celui qui l'a actuellement en sa puissance. De là est née la question de savoir si l'esclave ou le fils d'autrui ayant commis un délit à mon préjudice, et par la suite étant passé sous ma puissance, l'action s'éteint ou ne fait que sommeiller? Nos maîtres pensent qu'elle s'éteint, parce qu'elle s'est trouvée dans un cas où elle n'a pas pu exister; c'est pourquoi, alors même que l'auteur du délit viendrait à sortir de ma puissance, je ne pourrai pas agir. Les proculéiens pensent que l'action est en suspens tant que le délinquant est sous ma puissance, parce que je ne puis pas agir contre moi-

même, mais qu'elle renaît dès que le délinquant sort de ma puissance.

Justinien a adopté l'opinion des sabiniens, et voulu que l'action noxale fût définitivement éteinte (*V.* liv. IV, tit. VIII, § 6).

§ 79. Quum autem filiusfamilias ex noxali causa mancipio datur, diversæ scholæ auctores putant ter eum mancipio dari debere, quia lege XII Tabularum cautum sit, *ne aliter filius de potestate patris* exeat, quam si ter fuerit mancipatus. Sabinus et Cassius, cæterique nostræ scholæ auctores, sufficere unam mancipationem *crediderunt;* crediderunt enim tres lege XII Tabularum ad voluntarias mancipationes pertinere.

§ 79. Lorsqu'un fils de famille est donné en *mancipium* par abandon noxal, les proculéiens pensent qu'il doit être mancipé trois fois, parce que la loi des Douze Tables a voulu qu'un fils de famille ne fût libéré de la puissance paternelle qu'après trois mancipations. Sabinus et Cassius, et tous nos maîtres, ont pensé qu'une seule mancipation suffit, parce que, selon eux, les trois mancipations de la loi des Douze Tables n'ont trait qu'aux mancipations volontaires.

V. ce qui a été dit au com. 1, § 132.

§ 80. Hæc ita de his personis quæ in potestate *sunt*, sive ex contractu, sive ex maleficio earum controversia esset; quod vero ad eas personas quæ in manu mancipiove sunt, *rescissa capitis deminutione* quum ex contractu earum ageretur, nisi ab eo cujus juri subjectæ sunt, in solidum defendantur bona, quæ earum futura forent, si ejus juri subjectæ non essent, veneunt.

§ 80. Tel est le droit relativement aux personnes placées sous la puissance, soit qu'on agisse contre elles à raison d'un contrat ou d'un délit; quant aux personnes placées *in manu* ou sous le *mancipium*, la diminution de tête étant comme non avenue, lorsqu'on agit contre elles à raison d'un contrat, les biens qui leur auraient appartenu, si elles étaient *sui juris*, sont vendus, à moins que celui auquel elles sont soumises ne défende pour elles et pour le tout.

Il est indispensable de se référer à ce que nous avons dit sous le § 84 du C. 3, pour l'explication du présent paragraphe.

§ 81. Sed quum in *factum* for*mula aut* imperio continenti judicio. . . . .
. . . .
et judex si. . . . .
quanquam diximus *nunqu*am permissum fuisse, ei mortuos homines dedere, tamen et si quis eum de*di*derit, qui fato suo vita excesserit, æque liberatur.

§ 81. Mais, lorsque la formule est en fait ou contenue dans l'*imperium* . . . . . (*plusieurs lignes sont illisibles*)..., bien que nous ayons dit qu'il n'était pas permis de donner par abandon noxal un esclave mort, cependant, si l'on a donné celui qui est mort naturellement, on est libéré.

§ 82. *Nunc admonendi sumus*, *agere posse quemlibet aut suo nomine*, *aut alieno :* alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio; quum olim, quandiu *solæ* legis actiones in usu fuissent, alterius nomine agere non liceret, *nisi* pro populo *libertatisque causa.*

§ 82. Nous devons dire que, de nos jours, on peut agir pour soi-même ou pour autrui; on agit pour autrui, comme *cognitor*, procureur, tuteur ou curateur; autrefois, quand on ne faisait usage que des actions de la loi, il n'était pas permis d'agir au nom d'autrui, à moins qu'on n'intentât action pour le peuple ou dans un cas de liberté.

Dans le *pr.*, tit. X, liv. IV, *Instit.* de Justinien, on trouve deux autres exceptions à la défense d'agir pour autrui sous le système des actions de la loi : dans le cas de tutelle, et en vertu de la loi Hostilia, au nom des captifs et des absents pour le service de la république, alors qu'ils avaient été victimes d'un vol. Cicéron nous fournit une cinquième exception relative à l'action *repetundarum*, qu'on pouvait intenter pour un étranger (*V.* Cicéron, *in Cæcilium*, orat. 4, §§ 16 et 20).

§ 83. Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur; nam actor ita cognitorem dat : QUOD EGO A TE, verbi gratia, FUNDUM PETO, IN EAM REM LUCIUM TITIUM TIBI COGNITOREM DO; adversarius autem ita : QUANDO TU A ME FUNDUM PETIS, IN EAM REM PUBLIUM

§ 83. On constitue quelqu'un *cognitor* en prononçant des paroles déterminées, en présence de la partie adverse. Le demandeur nomme ainsi son *cognitor :* DE CE QUE, par exemple, JE RÉCLAME DE TOI UN FONDS, DANS CETTE AFFAIRE, JE NOMME LUCIUS TITIUS COGNITOR CONTRE TOI; le

MÆVIUM COGNITOREM DO. Potest ut actor ita dicat : QUOD EGO TECUM AGERE VOLO, IN EAM REM COGNITOREM DO ; adversarius ita : QUANDO TU MECUM AGERE VIS, IN EAM REM COGNITOREM DO. Nec interest, præsens an absens cognitor detur ; sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris.

défendeur nomme ainsi son *cognitor :* PUISQUE TU RÉCLAMES CE FONDS DE MOI, JE NOMME UN COGNITOR, PUBLIUS MÉVIUS. Il peut se faire que le demandeur dise : DE CE QUE JE VEUX AGIR CONTRE TOI, JE NOMME UN COGNITOR A CET EFFET ; le défendeur peut dire aussi : PUISQUE TU VEUX AGIR CONTRE MOI, JE NOMME UN COGNITOR POUR CETTE AFFAIRE. Peu importe que le *cognitor* qu'on nomme soit présent ou éloigné ; mais, lorsqu'on a nommé un absent pour *cognitor*, cet absent ne sera tel qu'alors qu'il aura connu sa nomination et accepté ses fonctions.

§ 84. Procurator vero nullis certis verbis in litem constituitur ; sed ex solo mandato, et absente et ignorante adversario, constituitur. Quinetiam sunt qui putant, adeo eum procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium, et caveat ratam rem dominum habiturum ; igitur, etsi non habeat mandatum, agere tamen posse, quia sæpe mandatum initio litis in obscuro est, et postea apud judicem ostenditur.

§ 84. Le procureur est nommé sans paroles solennelles ; on peut le nommer par un simple mandat, en l'absence et à l'insu de l'adversaire. Bien plus, des auteurs pensent que celui qui n'a reçu aucun mandat, mais qui s'est occupé de bonne foi d'une affaire, et a donné caution de faire ratifier la chose par sa partie, doit être considéré comme un procureur, et peut agir quoiqu'il n'ait pas reçu de mandat, parce que souvent, au commencement d'un litige, le mandat est tenu secret et n'est connu qu'en présence du juge.

Sous le système formulaire, il fut permis de se faire représenter en justice, soit comme demandeur, soit comme défendeur. Le représentant prenait le nom de *cognitor*, s'il avait été constitué devant le magistrat, en présence de l'adversaire

et au moyen de paroles solennelles, et celui de *procurator*, si l'une de ces trois conditions manquait. — Le *cognitor* était substitué à sa partie, avec laquelle il s'identifiait complétement, à tel point que la chose jugée vis-à-vis du *cognitor* était opposable à celui qui l'avait constitué, à la différence du *procurator*, qui ne s'identifiait pas avec le représenté ; d'où il résultait que le droit du mandant n'était pas éteint par l'action accordée au mandataire. L'adversaire ne pouvait se garantir de l'exercice d'une nouvelle action intentée par le mandant qu'au moyen de la caution *de rato*, qu'il exigeait du *procurator*. Par la suite, il fut décidé que tout *procurator* que le *dominus* aurait présenté lui-même au magistrat sans paroles solennelles, ou auquel il aurait donné mandat par acte public, serait mis sur le même rang que le *cognitor*. Le *defensor* était celui qui, sans mandat, plaidait pour autrui, pour le défendeur ordinairement. Les tuteurs et curateurs pouvaient aussi agir ou défendre pour leurs pupilles (*Instit.*, *de his per quos;* — Paul., *Sent.* I, 3, § 1 ; — *Vat. Fragm.*, §§ 317 et 331 ; — Étienne, *Instit. tr. et expl.*, t. II, p. 477).

§ 85. Tutores autem et curatores quemadmodum constituantur, primo commentario retulimus.

§ 85. Nous avons exposé, dans le commentaire premier, la manière de constituer les tuteurs et les curateurs.

V. C. 1, §§ 144 et suiv.

§ 86. Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit; nam si verbi gratia Lucius Titius *pro* Publio Mævio agat, ita formula concipitur : SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM PUBLIO MÆVIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE, JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM LUCIO TITIO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNA ; SI NON PARET, AB-

§ 86. Celui qui agit pour autrui écrit son *intention* du chef de sa partie, mais il poursuit la *condamnation* de son propre chef. Si, par exemple, Lucius Titius est demandeur pour Publius Mévius, la formule est ainsi rédigée : S'IL APPERT QUE NUMÉRIUS NÉGIDIUS DOIT DONNER DIX MILLE SESTERCES A PUBLIUS MÉVIUS, CONDAMNEZ NUMÉRIUS NÉGIDIUS A DIX MILLE SESTERCES ENVERS LUCIUS TITIUS; S'IL

SOLVE. In rem quoque si agat, intendit Publii *Mævii* rem esse ex jure quiritium, et condemnationem in suam personam convertit.

N'APPERT PAS, ABSOLVEZ. Si le procureur intente une action réelle, il met dans son *intention* que la chose appartient à Mévius d'après le droit civil, et fait écrire la *condamnation* à son profit.

§ 87. Ab adversarii quoque parte si interveniat aliquis cum quo actio constituitur, intenditur dominum dare oportere; condemnatio autem in ejus personam convertitur, qui judicium accepit : sed quum in rem agitur, nihil in intentione facit ejus persona cum quo agitur, sive suo nomine, sive alieno aliquis judicio interveniat; tantum enim intenditur rem actoris esse.

§ 87. Lorsque le défendeur a nommé quelqu'un qui défend pour lui, l'*intention* porte que le *défendeur* doit donner, et la *condamnation* retombe sur celui qui représente le défendeur; mais, dans une action réelle, la personne du défendeur, qu'il défende en son nom ou pour autrui, n'intervient pas dans l'*intention;* car on dit dans l'*intention* que la chose appartient au demandeur, et rien de plus.

Par suite de ce que l'action était intentée par ou contre un *cognitor* ou *procurator*, la formule subissait certaines modifications. — Ainsi, dans le cas où le demandeur était *cognitor* ou *procurator*, il faisait écrire l'*intentio* du chef de sa partie, et faisait rédiger la *condemnatio* à son profit. L'*intentio* désignait le défendeur lui-même, dans le cas inverse, et la *condemnatio* était dirigée contre le représentant. — Si l'action était réelle, l'*intentio* n'était pas différente, soit que l'action fût poursuivie contre un *procurator* ou *cognitor*, soit qu'elle fût exercée contre le maître de l'action, car l'*intentio* de ces actions ne désignait pas le défendeur; mais la condamnation était prononcée contre le *cognitor* ou contre le *procurator*.

§ 88. Videamus nunc quibus ex causis is cum quo agitur, vel hic qui agit, satisdare cogitur.

§ 88. Voyons les cas dans lesquels le demandeur ou le défendeur doivent fournir caution.

Certaines garanties étaient exigées des plaideurs pour assurer les droits de l'adversaire.

§ 89. Si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes: æquum enim visum est *te* de eo quod interea tibi rem, quæ an ad te pertineat dubium *est*, possidere conceditur, cum satisdatione mihi cavere ut, si victus sis, rem nec ipsam restituas, nec litis æstimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi, aut cum sponsoribus tuis.

§ 89. Si j'agis par action réelle contre vous, vous devez me fournir caution ; il a paru équitable, en effet, puisqu'on laisse en votre possession, pendant le cours du procès, une chose sur la propriété de laquelle il y a doute, que vous me donniez garantie par une satisdation, afin que, si vous succombez et ne restituez pas la chose, et ne payez pas l'estimation du litige, je puisse agir contre vous ou contre vos *sponsores*.

Au temps de Gaïus, dans l'action réelle, le défendeur devait fournir la caution *judicatum solvi*, caution contre laquelle on pouvait agir au cas de condamnation du défendeur et d'inexécution de la sentence.

Notre droit a admis le contraire de cette disposition, et voulu que toujours au possesseur toute garantie fût accordée. C'est, en effet, une grave présomption en notre faveur que d'avoir la chose à notre disposition, et il est très-facile de concevoir qu'on fasse la position plus difficile à celui qui prétend un droit à une chose que je détiens, qu'à moi qui, selon toute probabilité, possède parce que j'ai réellement droit à la possession. D'ailleurs, en matière d'immeubles, la chose est toujours là qui est une garantie suffisante pour le demandeur; et la faculté qu'on a de faire saisir le mobilier et de le faire mettre sous le séquestre est encore une garantie préférable à celle qu'on obtiendrait en exigeant caution; car, nous le répétons, la présomption qui s'élève en faveur de celui qui a la possession le rend préférable au demandeur; et, si les circonstances l'exigent, la justice ordonne le séquestre des objets litigieux.

§ 90. Multoque magis debes satisdare mihi, si alieno nomine judicium accipias.

§ 90. A plus forte raison devez-vous me fournir caution, si vous défendez au nom d'autrui.

Cette caution devait être donnée par le défendeur, qu'il défendît en son nom ou au nom d'autrui.

§ 91. Cæterum quum in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agitur, aut per sponsionem; si quidem per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet, quæ appellatur judicatum solvi; si vero per sponsionem, illa, quæ appellatur pro præde litis et vindiciarum.

§ 91. Du reste, comme on peut exercer l'action réelle de deux manières (car elle s'intente sous forme pétitoire ou par sponsion), si l'on agit au pétitoire, la stipulation dite *judicatum solvi* a lieu; mais si l'on agit par sponsion, on a recours à la stipulation *pro præde litis et vindiciarum*.

La caution différait suivant qu'on agissait *per formulam petitoriam* ou *per sponsionem*. Dans le premier cas, il y avait lieu à la caution *judicatum solvi;* dans le second, à la stipulation *pro præde litis et vindiciarum* (*suprà*, sous le § 33).

§ 92. Petitoria autem formula hæc est qua actor intendit rem suam esse.

§ 92. La formule pétitoire est celle dans laquelle le demandeur prétend que la chose est sienne.

§ 93. Per sponsionem vero hoc modo agimus; provocamus adversarium tali sponsione: SI HOMO QUO DE AGITUR, EX JURE QUIRITIUM MEUS EST SESTERTIOS XXV NUMMOS DARE SPONDES? Deinde formulam edimus qua intendimus sponsionis summam nobis dare oportere; qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse.

§ 93. Par la sponsion, on provoque ainsi son adversaire: SI L'ESCLAVE DONT IL S'AGIT EST MIEN D'APRÈS LE DROIT CIVIL, VOUS ENGAGEZ-VOUS A ME DONNER LA VALEUR DE VINGT-CINQ SESTERCES? Après cela, on agit par une formule dans laquelle on prétend qu'on doit nous donner la somme convenue dans la sponsion; nous n'avons gain de cause, d'après cette formule, que si nous prouvons que la chose est nôtre.

§ 94. Nec tamen hæc summa sponsionis exigitur; non enim pœnalis est, sed præjudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re judicetur: unde

§ 94. Le montant de la sponsion n'est point exigé; car ce n'est point une action pénale, mais bien une action préjudicielle, qui n'a lieu qu'afin

etiam is cum quo *agitur non restipulatur*. *Inde* autem appellata est pro præde litis et vindiciarum stipulatio, quia in locum prædium successit, qui olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis, id est, pro re et fructibus a possessore petitori dabantur.

que par elle on juge le fond; c'est pour cela que le défendeur ne provoque pas le demandeur à la restipulation. La stipulation *pro præde litis et vindiciarum* est ainsi nommée parce qu'elle remplace les garanties qui, autrefois, du temps des actions de la loi, pour le montant du litige et de la jouissance intérimaire, c'est-à-dire pour la chose et les fruits, étaient données par le possesseur au demandeur.

Le montant de la sponsion n'était point exigé du défendeur, parce que l'action réelle *per sponsionem* n'était point pénale. « Mais ce défendeur devait fournir caution qu'il restituerait la chose et les fruits intérimaires, s'il était condamné, c'est-à-dire qu'il devait s'engager par une stipulation qu'on appelait *pro præde litis et vindiciarum* à cette restitution. » Cette stipulation devait être cautionnée par un fidéjusseur, ainsi qu'il résulte du § 115, liv. I, de Cicéron, dans son plaidoyer contre Verrès (V. *suprà*, § 33).

§ 95. Cæterum si apud centumviros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem; sacramento enim reum provocamus, eaque sponsio sestertiorum CXXV nummorum fit *per* legem *Crepuriam*.

§ 95. Du reste, celui qui agit devant le tribunal des centumvirs ne demande pas par formule le montant de la sponsion, mais il agit par action de la loi; il doit provoquer le défendeur au *sacramentum;* le taux de ce *sacramentum* est le plus souvent fixé à cent vingt-cinq sesterces (500 as) en vertu de la loi Crepuria.

V. ce qui a été dit, *suprà*, sous le § 1, note, et sous le § 31.

§ 96. Ipse autem qui in rem agit, si suo nomine agit, satis non dat.

§ 96. Dans une action réelle, le demandeur qui agit en son nom ne donne pas caution.

Dans l'action réelle, le demandeur qui agissait pour lui-même ne donnait pas caution.

§ 97. Ac nec si per cognitorem quidem agatur, ulla satisdatio vel ab ipso, vel a domino desideratur; quum enim certis et quasi solemnibus verbis in locum domini substituatur cognitor, merito domini loco habetur.

§ 97. Si un *cognitor* intente une action, il n'est pas tenu de donner caution, non plus que sa partie; puisque le *cognitor* est substitué à sa partie avec des paroles certaines et presque solennelles, il est à juste titre considéré comme celui qui l'a substitué.

Le *cognitor* ne la fournissait pas non plus, car il était considéré comme substitué à son mandant.

§ 98. Procurator vero si agat, satisdare jubetur, ratam rem dominum habiturum; periculum *enim est*, ne iterum dominus de eadem re experiatur: quod periculum *non* intervenit, si per cognitorem actum fuit, quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse egerit.

§ 98. Mais le procureur qui est demandeur doit fournir caution que sa partie ratifiera; car il est à craindre que la partie n'intente ellemême une action pour la même affaire, inconvénient qui n'est point à redouter quand c'est un *cognitor* qui a été demandeur, parce que celui qui a agi par l'entremise d'un *cognitor* ne peut pas davantage intenter action pour la même affaire que s'il avait agi par lui-même.

Le *procurator* devait, au contraire, donner la caution *de rato* (que le mandant ratifierait).

§ 99. Tutores et curatores eo modo, quo et procuratores, satisdare debere verba edicti faciunt: sed aliquando illis satisdatio remittitur.

§ 99. Les termes de l'édit ordonnent aux tuteurs et aux curateurs de donner caution, comme les procureurs; mais quelquefois ils en sont dispensés.

Les tuteurs et curateurs étaient mis, quant à la caution, sur le même rang que les *procuratores;* toutefois, dans la pratique, on les en dispensait quelquefois.

§ 100. Hæc ita si in rem agatur : si vero in personam, ab actoris quidem parte, quando satisdari debeat quærentes, eadem repetemus, quæ diximus in actione qua in rem agitur.

§ 100. Il en est ainsi pour les actions réelles : dans les actions personnelles, le demandeur est tenu comme dans les actions réelles.

Si l'action était personnelle, le demandeur était tenu comme dans une action réelle.

§ 101. Ab ejus vero parte cum quo agitur, si quidem alieno nomine aliquis interveniat, omnimodo satisdari debet, quia nemo alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur : sed si quidem cum cognitore agatur, dominus satisdare jubetur; si vero cum procuratore, ipse procurator. Idem et de tutore et de curatore juris est.

§ 101. Le défendeur qui défend au nom d'autrui doit donner toute satisdation, parce qu'on ne regarde pas comme défendeur solvable celui qui, voulant défendre au nom d'autrui, ne donne pas caution; mais si l'on est défendu par un *cognitor*, on doit soi-même donner caution; si l'on est défendu par un procureur, c'est ce dernier qui, au contraire, doit lui-même fournir caution. Il en est ainsi du tuteur et du curateur.

§ 102. Quod si proprio nomine aliquis judicium aliquod a*ccipi*a*t* in personam, certis ex causis satisdari solet, quas ipse prætor significat. Quarum satisdationum duplex causa est; nam aut propter genus actionis satisdatur, aut propter personam, quia suspecta sit : propter genus actionis, velut judicati depensive, aut quum de moribus mulieris agetur; propter personam, velut si cum eo agitur, qui decoxerit, cujusve bona a creditoribus possessa proscriptave sunt, sive cum eo

§ 102. Si quelqu'un défend en son nom à une action personnelle, il donne caution dans certains cas que le préteur détermine. Deux causes donnent lieu à ces satisdations : le genre de l'action et la personne du défendeur, lorsqu'il est suspect. Le genre de l'action y donne lieu dans les cas de chose jugée, de chose payée, et toutes les fois qu'une action est intentée relativement aux mœurs d'une femme ; la personne du défendeur nécessite ces cautions lorsqu'on agit contre celui qui

hærede agatur, quem prætor suspectum æstimaverit.

a fait banqueroute, ou dont les biens sont possédés ou poursuivis par ses créanciers, et lorsqu'on poursuit un héritier qui est suspect aux yeux du préteur.

Le défendeur qui défendait pour autrui devait fournir caution lui-même, s'il était *procurator*, tuteur ou curateur; s'il était *cognitor*, c'était au maître à fournir la caution *judicatum solvi*. Celui qui défendait pour lui-même ne donnait caution que dans des cas déterminés. Deux causes pouvaient motiver cette caution: le genre de l'action et la personne du défendeur, lorsqu'il était suspect.

Telles étaient les garanties dont les plaideurs étaient tenus au temps des Antonins. Mais l'usage vint modifier ce système de cautions, qu'il remplaça par le suivant, encore en vigueur au temps de Justinien.

On ne fit plus, à cet égard, aucune distinction entre les actions réelles et les actions personnelles. Dans l'un et l'autre cas, le défendeur qui agissait pour lui-même était tenu, non plus de fournir la caution *judicatum solvi*, exigée autrefois du défendeur à l'action réelle, mais de garantir qu'il resterait en cause jusqu'à la fin du procès: *cavere se in judicio sisti usque ad terminum litis* (1). Cette caution correspondait à l'ancien *vadimonium*, dont nous parlerons

(1) M. Du Caurroy, nos 1307 et 1308, enseigne, à tort selon nous, que cette garantie n'est rien autre chose que la caution *judicatum solvi* restreinte, dans le cas qui nous occupe, à la clause *de re defendendâ*. Pour établir le fondement de sa proposition, le professeur fait remarquer que la caution *judicatum solvi* contenait plusieurs clauses, par lesquelles celui qui la fournissait s'engageait non-seulement à payer le montant de la condamnation, mais encore à rester *in judicio* jusqu'à la fin du procès; il ajoute que le défendeur qui, au temps de Justinien, agissait pour lui-même, n'ayant été dispensé que de garantir le payement de la condamnation, il restait tenu de la clause personnelle de la caution *judicatum solvi*, et qu'en conséquence c'était cette caution à laquelle il était soumis.

Il est facile d'échapper à ce raisonnement, qui n'est que spécieux. Pour cela il suffit: 1° de se rappeler que la caution *judicatum solvi* n'était exigée, au temps de Gaïus, que du défendeur à l'action réelle; d'où il suit que si on peut, jusqu'à un certain point, se baser sur ce que la garantie à fournir au temps de Justinien par le défendeur à l'action *in rem* comprenait l'une des clauses de l'ancienne caution *judicatum solvi*, pour prétendre qu'il était tenu de donner la même satisdation, mais seulement en ce qui concernait cette clause, on ne saurait en dire autant à l'égard

sous le paragraphe 184. Quelquefois on se contentait d'une simple promesse de la part du défendeur; d'autres fois, on exigeait qu'il prêtât serment de rester en cause jusqu'à la fin du litige (*Inst.*, *de satisdationibus*, §2). — *V.* la paraphrase de Théophile sur le § 2 de ce titre (édit. *Legat*), qui en explique très-bien la phrase finale que les traducteurs entendent mal, puisqu'elle signifie, d'après eux, qu'à côté de la caution *in judicio sisti* se produisait une autre satisdation à laquelle le défendeur pouvait être contraint, satisdation qui ne se confondait pas avec la caution. — Si, au contraire, le défendeur plaidait par un *procurator*, il devait ou se présenter devant le juge et y confirmer la personne de son mandataire, en donnant par une stipulation solennelle la caution *judicatum solvi*, ou donner cette caution extrajudiciairement, en se portant fidéjusseur de son procureur pour toutes les clauses qu'elle comportait. Il devait, en outre, consentir une hypothèque sur ses biens, et enfin promettre par fidéjussion de se présenter en personne le jour du prononcé du jugement. A défaut de se présenter, s'il y avait condamnation, le montant en était poursuivi contre le fidéjusseur, sauf l'appel (*Inst.*, § 4).

---

du défendeur à l'action personnelle; 2° de combiner attentivement les §§ 1, 2, 4 et 5 du tit. XI, liv. IV des *Inst.*, pour se convaincre que la caution exigée du défendeur agissant pour lui-même n'était pas la caution *judicatum solvi*. En effet, le premier porte, *in fine* : « *Si proprio nomine aliquis judicium accipiebat in personam*, JUDICATUM SOLVI *satisdari non cogebatur*; *si quidem alieno nomine aliquis interveniret, omnimodo satisdaret*; » le deuxième : « *Sed hæc hodie aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive in personam suo nomine, nullam satisdationem pro litis æstimatione dare compellitur, sed pro suâ tantum personâ quod in judicio permaneat usque ad terminum litis.* » Puisque du temps de Justinien il en était autrement qu'à l'époque où la caution *judicatum solvi* était exigée, c'est sans doute parce que cette garantie n'était plus obligatoire. Le § 4 ordonnait enfin que tout défendeur agissant par autrui donnât la caution JUDICATUM SOLVI ou se portât extrajudiciairement fidéjusseur de son *procurator* pour toutes les clauses de cette caution. Or, si Justinien avait voulu obliger tout défendeur à fournir la caution *judicatum solvi*, soit qu'il agît par lui-même, soit qu'il défendît par l'entremise d'un mandataire, il n'aurait pas dit, pour le premier cas, qu'il lui suffisait de garantir sa présence *in judicio* jusqu'à la fin du procès, tandis que dans le second il serait soumis à la caution *judicatum solvi* : il aurait tout simplement décidé que dans les deux cas ladite caution était obligatoire, mais avec des effets différents.

Ajoutons qu'il est quelque peu étrange d'appeler caution *judicatum solvi*, la garantie qui consiste à assurer qu'on restera en cause jusqu'à la fin du litige, alors qu'on ne garantit pas également le *payement du jugé*. — V. du reste, dans notre sens, Etienne, t. 2, p. 482; Ortolan, sur le tit. XI, liv. IV des *Instit.*; Bonjean, § 482; Zimmern, § 161 et note 14.

Toute personne qui, sans mandat, voulait défendre une partie absente, était tenue de fournir la caution *judicatum solvi (eod.)*.

Tout demandeur agissant pour lui-même était dispensé de fournir caution, comme au temps de Gaïus. Le demandeur pour autrui devait, au contraire, donner caution *de rato*, qu'il fût *procurator*, tuteur, curateur ou administrateur à un autre titre ; toutefois le *procurator* par mandat insinué (par acte authentique), ou confirmé en présence du juge par le *dominus litis*, en était dispensé *(eod.)*.

§ 103. Omnia autem judicia aut legitimo jure consistunt, aut imperio continentur.

§ 104. Legitima sunt judicia, quæ in urbe Roma vel intra primum urbis Romæ milliarium, inter omnes cives Romanos, sub uno judice accipiuntur; eaque lege Julia, judiciaria, nisi in anno et sex mensibus judicata fuerint, expirant : et hoc est quod vulgò dicitur, e lege Julia litem anno et sex mensibus mori.

§ 105. Imperio vero continentur recuperatoria, et quæ sub uno judice accipiuntur, interveniente peregrini persona judicis aut litigatoris. In eadem causa sunt, quæcunque extra primum urbis Romæ milliarium tam inter cives Romanos quam inter peregrinos accipiuntur : ideo autem imperio contineri judicia dicuntur, quia tandiu valent, quandiu is qui ea præcepit, imperium habebit.

§ 103. Les instances sont légitimes ou renfermées dans l'*imperium*.

§ 104. Les instances légitimes sont celles qui s'exercent dans la ville de Rome ou dans le premier mille autour de Rome, entre citoyens romains, et pour lesquelles le préteur ne nomme qu'un juge. Ces instances, d'après la loi Julia, sont périmées si elles n'ont pas été jugées dans les dix-huit mois. C'est pour cela qu'on dit qu'un procès s'éteint dans les dix-huit mois, en vertu de la loi Julia (an de Rome 729).

§ 105. Les instances jugées par des récupérateurs sont renfermées dans l'*imperium*, de même que celles qui sont jugées par un seul juge, si un étranger intervient au procès, qu'il soit juge ou plaideur. Sont dans le même cas les instances qui se jugent au delà d'un mille autour de Rome, soit entre citoyens romains, soit entre étrangers. On dit que des instances sont renfermées dans l'*imperium*,

parce qu'elles ne sont valables que tant que dure le pouvoir du préteur qui les a organisées.

Il ne faut pas confondre les *judicia* avec les *actions*. Le *judicium* était l'instance engagée par la délivrance de la formule, abstraction faite du droit de poursuivre; c'était le droit sanctionnateur que l'autorité publique accordait en échange du droit d'agir. Notre texte explique très-nettement la différence qu'il y avait entre le *judicium legitimum* et celui qui était contenu dans l'*imperium*. Il en résulte qu'une instance pouvait être légitime quoiqu'elle ne provînt pas d'une loi et que l'action qui y avait donné lieu fût prétorienne ; il en résulte aussi, à l'inverse, qu'une action née du droit civil pouvait donner lieu à une instance contenue dans l'*imperium*.

§ 106. Et si quidem imperio continenti judicio actum fuerit, sive in rem, sive in personam, sive ea formula *quæ* in factum concepta est, sive ea quæ in jus habet intentionem, postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest: et ideo necessaria est exceptio rei judicatæ vel in judicium deductæ.

§ 106. Lorsqu'on a engagé une instance renfermée dans l'*imperium*, soit réelle, soit personnelle, soit conçue en fait, soit conçue en droit, on peut néanmoins agir de nouveau, d'après le droit civil, pour la même affaire ; c'est ce qui rend nécessaire l'exception de la chose jugée ou déduite devant le juge.

§ 107. At vero *si* legitimo judicio in *personam* actum sit ea formula quæ juris civilis habet intentionem, postea ipso jure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est : si vero vel in rem, vel in factum actum fuerit, ipso jure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei judicatæ vel in judicium deductæ.

§ 107. Mais si l'on a engagé une instance personnelle légitime, dont l'*intention* contenait une question de droit civil, on ne pourra agir de nouveau d'après le droit civil; aussi l'exception est-elle inutile. Mais si la première instance était réelle ou conçue en fait, on pourra néanmoins, par la suite, intenter une autre action civile. C'est pourquoi l'exception de la chose jugée ou déduite devant le juge est encore utile.

On a vu, sous le § 181 du com. 3, que, quoique la distinction entre l'instance légitime et celle qui était contenue dans l'*imperium* fût tout à fait étrangère au droit d'exercer l'action, elle avait cependant une influence majeure sur ce droit de poursuite, alors que la *litis contestatio* s'était *produite*.

Pourquoi l'effet attaché au *judicium legitimum*, d'éteindre *ipso jure* le droit du demandeur, n'était-il pas produit dans le *judicium imperio continens*, qui n'éteignait jamais la première action qu'indirectement et au moyen d'une exception? — MM. Bonjean, *Traité des Act.*, t. I, p. 477, et Zimmern, § 120, enseignent que le *judicium imperio continens*, étant un moyen tiré de l'*imperium* du magistrat, ne pouvait détruire une *prétention fondée sur le droit civil*. — Nous croyons que ce motif est inexact. En effet, il arrivait fréquemment que la prétention du demandeur, quoique débattue en *judicium imperio continens*, n'était pas fondée sur le droit civil, ce qui, le cas échéant, rendait inapplicable la raison des auteurs cités. En second lieu, Gaïus nous enseigne que l'action, quoique née du droit civil, pouvait être débattue en instance contenue dans l'*imperium*, comme, à l'inverse, une action prétorienne pouvait être jugée en instance légitime. Le moyen pris d'un *legitimum imperio continens* n'était donc pas tiré de l'autorité du magistrat. — Il nous paraît plus vrai de dire que la différence des résultats produits par les deux *judicia* tenait à ce que l'instance légitime avait d'abord une durée illimitée, puis une durée certaine et assez prolongée, dix-huit mois; d'où il résultait toujours pour le demandeur la possibilité de mettre à profit la formule par lui obtenue, tandis que, le *judicium imperio continens* n'étant valable que pendant la durée du pouvoir du magistrat qui l'avait organisé, comme il arrivait souvent qu'une instance n'avait pu être formulée que peu de jours avant la fin de la magistrature du préteur, il y avait impossibilité pour le demandeur de tirer profit de la formule obtenue. C'est pourquoi on lui permettait de réclamer une nouvelle formule, afin de ne pas le rendre victime d'une circonstance qui lui était étrangère. Et si le défendeur opposait l'exception *rei judicatæ*, il était tout simple que, reconnue vraie, elle paralysât la nouvelle demande. Que si, au contraire, il n'y avait lieu qu'à l'exception *rei in judicium*

deductæ, le demandeur devait obtenir une *duplique* pour repousser cette exception, opposée dans ce cas, contrairement à l'équité. Il est probable, toutefois, que cette *duplique* ne produisait son effet qu'autant que le demandeur n'avait pas eu en fait le temps suffisant pour faire usage de sa première formule.

Au surplus, si l'action débattue en instance légitime était réelle, la péremption de cette instance ou la sentence qui en était résultée n'empêchait pas le demandeur de recommencer le procès, car la *litis contestatio* n'avait pu produire de novation, attendu que les obligations seules pouvaient être novées, et non les droits réels.

De même, l'action *in factum*, quoique débattue en *instance légitime*, pouvait être intentée à nouveau, car cette action étant basée sur un fait, et ne donnant pas lieu à une formule où le demandeur prétendît une *obligation*, ne pouvait pas être novée. Cette vérité est saillante, si l'on observe la conception de la formule *in factum*, où le magistrat s'exprimait ainsi : « S'il appert que tel fait est vrai, condamnez; s'il n'appert pas, absolvez.» — Aussi était-il besoin (comme dans le cas où l'action était réelle) de l'exception *rei judicatæ* au défendeur, qui, même en *instance légitime*, avait déjà gagné son procès (texte, C. 3, §§ 180 et 181).

§ 108. Alia causa fuit olim legis actionum : nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat : nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.

§ 108. Il n'en était pas ainsi dans les actions de la loi; car on ne pouvait agir deux fois pour la même affaire, et les exceptions n'étaient point en usage à cette époque, comme elles le sont de nos jours.

§ 109. Cæterum potest ex lege quidem esse judicium, sed legitimum non esse; et contra ex lege non esse, sed legitimun esse : verbi gratia *si* ex lege Aquilia vel Ovinia, vel Furia in provinciis agatur, imperio continebitur judicium : idemque juris est et si

§ 109. Du reste, une instance peut provenir d'une loi et n'être pas légitime, et, à l'inverse, une instance peut être légitime quoique ne provenant pas d'une loi. Si, par exemple, on intente dans les provinces les actions de la loi Aquilia, de la loi Ovinia

Romæ apud recuperatores agamus, vel apud unum judicem interveniente peregrini persona. Et ex diverso, si ex ea causa ex qua nobis edicto prætoris datur actio, Romæ sub uno judice inter omnes cives Romanos accipiatur judicium, legitimum est.

et de la loi Furia, ces actions seront contenues dans l'*imperium*. Il en est ainsi lorsqu'à Rome une instance est soumise à des récupérateurs ou à un seul juge, et qu'un étranger intervient au procès. A l'inverse, si dans le cas d'une action prétorienne, cette action se juge à Rome par un seul juge et entre citoyens romains, l'instance est légitime.

C'est de la loi Furia *testamentaria* (an de Rome 571) que Gaïus veut parler, puisque la loi Furia *de sponsu*, dont il est question au commentaire 3, § 121, n'était pas applicable hors de l'Italie, et ne pouvait, par conséquent, donner lieu à une action dans les provinces. La loi Aquilia date de l'an 468 de Rome. La date de la loi Ovinia est inconnue ; on ignore aussi quel était son objet.

§ 110. Quo loco admonendi sumus eas quidem actiones quæ ex lege senatusve consultis proficiscuntur, perpetuo solere prætorem accommodare : eas vero quæ ex propria ipsius jurisdictione pendent, plerumque intra annum dare.

§ 110. Nous devons dire ici que les actions civiles sont données perpétuellement par le préteur, et que la plupart des actions prétoriennes ne peuvent être données après l'année.

En principe, les actions civiles étaient perpétuelles, c'est-à-dire que le droit de les intenter durait éternellement. — Toutefois certaines actions civiles étaient, à cause de leur caractère de pénalité, nécessairement bornées à la durée de l'existence de l'auteur du dommage (§ 112). Il y avait encore exception quant à l'action que le créancier avait contre les *sponsores* et les *fidepromissores*, laquelle ne durait que deux ans, d'après la loi Furia, et ne se donnait pas contre leurs héritiers ; quant à l'action de la loi *Julia repetundarum*, qui était limitée à un an contre les héritiers ; quant à celle qu'avait l'adstipulateur, qui ne passait pas aux héritiers, etc. (C. 3, § 121 ; — L. 2, ff. *de leg. Julia repet.*).

§ 111. Aliquando tamen *prætor in actionibus* imitatur jus legitimum: quales sunt eæ quas bonorum possessoribus cæterisque, qui hæredis loco sunt, *accommodat*. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius prætoris jurisdictione proficiscatur, perpetuo datur: et merito, cum pro capitali pœna pecuniaria constituta sit.

§ 111. Quelquefois, cependant, parmi ses propres actions, le préteur en crée de perpétuelles: telles sont celles qu'il accorde aux possesseurs des biens et à ceux qui tiennent lieu d'héritiers. L'action de vol manifeste, bien qu'elle soit prétorienne, est perpétuelle; cela est juste, puisqu'on a substitué une peine pécuniaire à une peine capitale.

Les actions qui dérivaient de la juridiction prétorienne étaient généralement temporaires, c'est-à-dire que le droit de les intenter était borné à un an. Mais il y avait plusieurs actions prétoriennes qui avaient une durée perpétuelle : c'étaient celles qui étaient données par imitation du droit civil ou pour l'adoucir. Ainsi, l'action au quadruple *furti manifesti* était perpétuelle, ce qui était juste, dit Gaïus, car on avait substitué une peine pécuniaire à la peine capitale, que la loi des Douze Tables avait portée contre le voleur manifeste. Les actions qui se donnaient au possesseur de biens et à tous ceux qui étaient *loco hæredum* étaient également perpétuelles. — La publicienne, et en général toutes les actions prétoriennes persécutoires de la chose se donnaient après l'année (L. 35, *pr.*, ff. *de oblig. et act.*).

Dans le Bas-Empire, la perpétuité des actions civiles fut remplacée par une durée de trente ans, sauf quelques cas exceptionnels (notamment celui de l'action hypothécaire), pour lesquels la durée fut portée à quarante ans (liv. VII, C., tit. XXXIX).

§ 112. Non omnes actiones, quæ in ali*quem aut ipso jure com*petunt, aut a prætore dantur, etiam in hæredem *æque competunt aut da*ri solent. Est enim certissima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in hære-

§ 112. Toutes les actions, civiles ou prétoriennes, qui pourraient s'exercer contre quelqu'un, ne se donnent pas également contre son héritier. En effet, c'est une règle constante en droit que les actions pénales résultant des délits

dem nec competere, nec dari solere, velut furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ : sed hæredibus actoris hujusmodi actiones competunt, nec denegatur, excepta injuriarum actione, et si qua alia similis inveniatur actio.

ne compètent pas contre l'héritier du délinquant : par exemple, les actions de *vol*, de *biens ravis par force*, d'*injures*, de *dommage injuste;* mais toutes ces actions compètent aux héritiers de celui qui a supporté le délit, et ne sont pas refusées par le préteur, à l'exception de l'action d'*injures*, et toute autre semblable.

§ 113. Aliquando tamen ex contractu actio neque hæredi, neque in hæredem competit : nam adstipulatoris hæres non habet actionem, et sponsoris et fidepromissoris hæres non tenetur.

§ 113. Quelquefois aussi, quoique née d'un contrat, une action ne compète pas à l'héritier du demandeur et n'est pas donnée contre l'héritier du défendeur. L'héritier de l'adstipulateur ne peut pas, en effet, exercer l'action de son auteur, et l'héritier d'un *sponsor* ou d'un fidépromisseur n'est pas tenu pour son auteur.

Les actions réelles et celles qui naissaient des contrats et quasi-contrats, et en général toutes les actions persécutoires, se donnaient aux héritiers du créancier et contre les héritiers du débiteur. Il y avait toutefois exception quant à l'action donnée à l'adstipulateur, laquelle ne passait pas à ses héritiers, et quant aux actions qui compétaient contre les *sponsores* ou *fidepromissores*, lesquelles ne pouvaient s'exercer contre leurs héritiers. Les actions pénales ne se donnaient point contre les héritiers du délinquant, si ce n'est jusqu'à concurrence du profit qu'ils en avaient retiré; mais elles compétaient aux héritiers de celui qui avait souffert du délit, à moins qu'elles ne fussent, comme l'action d'injures ou celle de testament inofficieux, de nature à ne pouvoir être appréciées que par la personne injuriée. Si l'instance avait une fois été organisée, les actions pénales se donnaient contre les héritiers, c'est-à-dire que l'instance pouvait se poursuivre contre eux, à cause de la novation produite par la *litis contestatio*

(*Inst.*, *de perp. et temp. act.*, § 2; — L. 7, § 1, ff. *de inj.*; — L. 24, ff. *de in jus voc.*; — L. 6, § 2, et L. 7, ff. *de inoff. test.*). — Il faut observer que les actions persécutoires se donnaient contre les héritiers du délinquant (*Inst.*, *de obl. quæ ex del.*).

§ 114. Superest ut dispiciamus, si ante rem judicatam is cum quo agitur, post acceptum judicium satisfaciat actori, quid officio judicis conveniat : utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia judicii accipiendi tempore in ea causa fuit, ut damnari debeat. Nostri præceptores absolvere eum debere existimant ; nec interest cujus generis fuerit judicium; et hoc est, quod vulgo dicitur, Sabino et Cassio placere, omnia judicia esse absolutoria. . . . .

§ 114. Il nous reste à examiner quel est le devoir du juge dans le cas où, avant que la sentence ait été prononcée, mais après avoir accepté l'action, le défendeur satisfait au demandeur. Doit-il absoudre, ou plutôt condamner, parce qu'au moment où le *judicium* a été accepté, le défendeur méritait une condamnation ? Nos maîtres pensent que le juge doit absoudre, sans s'informer du genre de l'action; ils décident ainsi parce que Sabinus et Cassius ont professé que tous les jugements étaient absolutoires. . . . . . . (*La fin de ce paragraphe manque.*)

Justinien, liv. IV, tit. XII, § 2, a adopté l'opinion des Sabiniens. —Au surplus, les deux écoles n'étaient en dissentiment qu'au sujet des actions de droit strict; car, relativement aux actions arbitraires, l'exécution du *jussus* empêchait toujours la condamnation, et, quant aux actions de bonne foi, il en devait être de même, rien n'étant plus contraire à la bonne foi que de condamner celui qui s'est exécuté avant la sentence (M. Ortolan, t. III, p. 569). — Nous inclinons à penser, avec M. Demangeat, t. II, p. 594, que, d'après les proculéiens, le défendeur condamné dans une action de droit strict pouvait répéter ce qu'il avait payé sans utilité avant la sentence.

§ 115. Sequitur ut de exceptionibus dispiciamus.

§ 115. Occupons-nous des exceptions.

§ 116. Comparatæ sunt autem exceptiones defendendorum reorum gratia cum qui-

§ 116. On a créé les exceptions dans l'intérêt des défendeurs. Il arrive souvent, en

bus agitur. Sæpe enim accidit ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit eum judicio condemnari : velut *si* stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim, nam eam pecuniam a te peti posse certum est; dare enim te oporteret, quum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere. Item si pactus fuero tecum, ne id quod mihi debeas, a te petam, nihilominus id ipsum a te petere possum dare mihi oportere, quia obligatio pacto convento non tollitur : sed placet debere me petentem per exceptionem pacti conventi repelli.

effet, qu'on est tenu civilement, et que, cependant, on ne pourrait pas être condamné sans injustice ; si, par exemple, j'ai stipulé de vous de l'argent que je dois vous prêter, et que je ne vous l'aie pas compté. Il est certain, en effet, que je peux réclamer de vous cet argent, et que vous devez me le donner, puisque vous êtes tenu en vertu d'une stipulation; mais comme il serait injuste qu'on vous condamnât, vous avez pour vous défendre l'exception de dol. De même, si j'ai convenu par pacte avec vous de ne pas vous demander ce que vous me devez, je pourrai néanmoins demander que vous me donniez cette dette, puisqu'une obligation ne s'éteint pas par un pacte; mais je pourrai être renvoyé de ma demande par l'exception de pacte convenu.

Le défendeur pouvait combattre la prétention de son adversaire, soit en invoquant des moyens de défense fournis par le droit civil (par exemple, en établissant que le demandeur n'avait point prouvé l'existence de l'obligation ou le fondement de son droit réel, ou bien que le contrat par lui allégué était nul d'après le droit civil, ou bien encore que l'obligation avait été éteinte par un des moyens d'extinction du droit civil); soit en paralysant le droit du demandeur par une prétention distincte de la demande et qui ne tendait pas à nier positivement le fondement de cette dernière, mais à l'empêcher de triompher, par des motifs pris en dehors du droit civil. Ce dernier moyen de défense était appelé *exception*. Il avait tantôt pour objet d'annihiler la prétention du demandeur, en combattant directement l'*intentio*, tantôt seulement de faire réduire le montant de la *condemnatio* (texte, *hìc;* — LL. 1, 2 et 22, ff. *de except.*).

§ 117. In his quoque actionibus, quæ *non* in personam sunt, exceptiones locum habent, velut si metu me coegeris, aut dolo induxeris, ut tibi rem aliquam mancipio dem *jure quiritium*. *Nam* si *nunc* eam rem a me petas, datur mihi exceptio per quam, si metus causa te fecisse vel dolo malo arguero, repelleris. Item si fundum litigiosum sciens a non possidente emeris, eumque a possidente petas, opponitur tibi exceptio per quam omnimodo submoveris.

§ 117. Les exceptions s'emploient également dans les actions réelles. Si, par exemple, vous m'avez forcé par la crainte ou engagé par dol à vous transférer civilement une chose par la mancipation, et si vous réclamez cette chose de moi, j'ai contre vous une exception qui vous repoussera, si je prouve que vous m'avez fait agir par crainte, ou que vous avez usé de dol à mon égard. De même si, le sachant, vous avez acheté un fonds en litige de celui qui n'en était pas possesseur, et que vous demandiez ce fonds au possesseur, celui-ci vous oppose une exception qui vous écarte de toute manière.

On recourait aux exceptions dans les actions réelles comme dans les actions personnelles, les faits qui y donnaient lieu pouvant se produire en matière de droits réels aussi bien qu'en matière personnelle.

§ 118. Exceptiones autem alias in edicto prætor habet propositas, alias causa cognita accommodat ; quæ omnes vel ex legibus, vel ex his quæ legis vicem obtinent, substantiam capiunt, vel ex jurisdictione prætoris proditæ sunt.

§ 118. Le préteur propose certaines exceptions dans son édit, et en accorde d'autres en connaissance de cause. Toutes prennent leur essence dans les lois ou les décisions qui en tiennent lieu, ou dans la juridiction prétorienne.

§ 119. Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam affirmatis, cum quo agitur : nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non

§ 119. Toutes les exceptions sont conçues contrairement aux allégations du demandeur; car si, par exemple, le défendeur prétend que le demandeur agit frauduleusement en réclamant de l'argent,

numeravit, sic exceptio concipitur : SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT, NEQUE FIAT. Item si dicatur contra pactionem pecunia peti, ita concipitur exceptio : SI INTER AULUM AGERIUM ET NUMERIUM NEGIDIUM NON CONVENIT, NE EA PECUNIA PETERETUR. Et denique in cæteris causis similiter concipi solet : ideo scilicet, quia omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed ita formulæ inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem, id est, ne aliter judex eum cum quo agitur, condemnet, quam si nihil in ea re de *qua* agitur, dolo actoris factum sit; item ne aliter judex eum condemnet, quam si nihil in ea re de qua agitur, dolo actoris factum sit; item ne aliter judex condemnet, quam si nullum pactum conventum de non petenda pecunia factum erit.

lorsqu'il n'en a pas livré, l'exception se rédige ainsi : SI DANS CETTE AFFAIRE RIEN N'A ÉTÉ FAIT ET NE SE FAIT PAR DOL D'AULUS AGÉRIUS. De même, on rédige ainsi l'exception, lorsqu'on allègue que l'argent qu'on vous réclame est demandé contrairement à un pacte : S'IL N'A PAS ÉTÉ CONVENU ENTRE AULUS AGÉRIUS ET NUMÉRIUS NÉGIDIUS QUE CET ARGENT NE SERAIT POINT DEMANDÉ. Dans les autres cas, on conçoit l'exception semblablement. De ce que toute exception est employée par le défendeur, on l'insère dans la formule de manière à ce qu'elle rende la *condamnation* conditionnelle, c'est-à-dire que le juge ne doit condamner le défendeur que si, dans l'affaire en question, on n'a aucun dol à reprocher au demandeur; de même, le juge ne doit condamner que lorsqu'il n'y a pas eu entre les parties pacte convenu de ne pas demander l'argent.

Les exceptions étaient d'origine purement prétorienne. Elles ne furent introduites que sous le système formulaire, comme moyen d'empêcher, en général, qu'une condamnation inique ne vînt atteindre un défendeur poursuivi par une action née dans le droit civil et qui, quoique parfaitement conforme à ce droit, n'était pas, à cause de circonstances non prévues par lui, en rapport avec les principes de l'équité (Cic., *de inv.*, II, 19; — L. 3, § 1, ff. *de const. pec.;* — texte, *hìc*, et §§ 108, 116 et 119; — *Instit.*, *de except.;* — Zimmern, § 91 ; — Étienne, *loc. cit.;* — Bonjean, t. II, §§ 309 et 310). Peu à peu, certains sénatus-consultes, certaines

constitutions impériales et même des lois créèrent des exceptions, marchant ainsi dans la voie tracée par le droit honoraire, et préférant éluder par un détour l'application de règles trop rigoureuses que de les abroger ouvertement. Tels furent les sénatus-consultes *Trébellien*, *Velléien* et *Macédonien*, les lois *Julia* et *Cincia*. Une constitution de Marc-Aurèle établit l'exception de compensation. L'exception *justi dominii* fut admise en vertu du droit civil proprement dit (*Inst.*, *de exc.*, § 7, *de fideic. hær.*, ff. *ad S.-C. Velleian.*; *ib.*, *de S.-C. Mac.*, ff. *de cess. bon.*; *Inst.*, *de replic.*, § 4; *Fragm. Vatic.*, §§ 266, 298 et suiv.; *Inst.*, *de action.*, §§ 30 et 39; — LL. 4, 5 et 15, ff. *de comp.*; L. 16, ff. *de public. in rem act.*).

L'exception ne tendait pas à détruire le droit invoqué par le demandeur, mais à en paralyser les effets. Le préteur arrivait à ce résultat en insérant dans la formule une restriction à l'ordre de condamner. Cette restriction était habituellement conçue en forme de condition négative opposée à la *condemnatio* : « *Condemna*, *nisi pactum conventum fuerit.* » Nous avons déjà fait remarquer que plusieurs exceptions n'avaient pas besoin d'être insérées dans la formule des actions de bonne foi. Il nous suffira de rappeler que le moyen imaginé par le droit honoraire pour autoriser le juge à avoir égard à certaines défenses opposées par le défendeur à une action *stricti juris*, produisait, dans ces sortes d'actions, quand il portait sur l'*intentio*, un résultat différent de celui auquel on arrivait dans les actions de bonne foi, en opposant les mêmes moyens. En effet, l'exception justifiée faisait absoudre le défendeur et perdre le droit du demandeur (*V.*, toutefois, ce que dit M. Demangeat, t. II, p. 613 et suiv., sur les exceptions de dol et de compensation), tandis que, tout en tenant compte des règles de l'équité, le juge n'était pas amené à repousser nécessairement pour le tout la prétention du demandeur. Il se bornait à la réduire au reliquat *ex æquo et bono*. Quand l'exception portait sur la *condemnatio*, sa justification n'avait pour effet que de faire réduire la demande (*suprà*, §§ 60 *bis* et 63). Répétons aussi que les exceptions qui n'étaient pas basées sur le dol ou la mauvaise foi ne pouvaient être suppléées d'office par le juge dans les

actions de bonne foi; d'où il suit qu'une fois insérées dans la formule et justifiées, elles entraînaient forcément l'absolution du défendeur, de même que dans les actions *stricti juris*, quand elles portaient sur l'*intentio*.

Les exceptions se divisaient soit à raison de leur forme, (on distinguait ainsi les exceptions *in factum*, qui ne soumettaient au juge que l'examen d'un fait déterminé, de celles dans lesquelles il avait à apprécier si on avait violé les règles établies par les constitutions impériales, les sénatus-consultes ou les lois qui avaient admis certaines exceptions; on les distinguait aussi de l'exception de dol, dans laquelle le magistrat ne précisait aucun fait particulier, laissant au juge le soin de vérifier les faits de fraude allégués par le défendeur, et d'en apprécier la moralité et la gravité); soit à raison de leur nature (on disait ainsi *exceptions réelles*, *exceptions personnelles*, *exceptions dilatoires* et *exceptions péremptoires*).

1re DIVISION.—*Exception* in factum, *par opposition : 1° à l'exception tirée d'une loi, d'un sénatus-consulte ou d'une constitution impériale; 2° à l'exception de dol.*

1° Quand le magistrat donnait une exception, elle était généralement rédigée en fait, car le juge recevait par là le pouvoir de reconnaître si tel fait avancé par le défendeur était vrai ou faux. Cette vérification une fois faite, et la vérité du fait étant reconnue, le juge absolvait le défendeur ou réduisait la condamnation, suivant ce qui a été dit p. 582. Mais quand l'exception soumise à l'examen du juge était tirée du droit civil, il avait alors à décider, de même que dans l'*intentio in jus,* si elle était invoquée conformément aux règles du droit civil, et, dans ce sens, on peut dire qu'il y avait des exceptions *in jus*, par opposition aux exceptions *in factum*. Toutefois, hâtons-nous de reconnaître avec les commentateurs que la dénomination d'*exceptio in jus* n'est pas employée dans les textes du droit romain. Si l'exception n'était pas justifiée, le juge prononçait la condamnation conformément à la prétention établie par le demandeur.

2° Les textes opposent fréquemment l'*exceptio in factum* à celle de dol, voulant indiquer par là, dans le même

sens qu'ils opposent l'action *in factum* à l'action de dol, la différence entre les exceptions ordinaires, qui ne donnent au juge qu'un simple fait à vérifier, et l'exception de dol, dans laquelle sa mission est d'apprécier la gravité et la moralité des faits de fraude reprochés au demandeur (L. 2, §§ 4 et 5; L. 4, § 32, ff. *de doli mali et metus except.*; L. 1, § 4, *de exceptione rei vendit.*).

Le défendeur qui avait l'exception de dol à faire valoir avait ordinairement le choix entre celle-ci et une exception *in factum*. C'était à lui à voir celle qui lui présentait le plus d'avantage. Mais il ne pouvait recourir qu'à l'exception *in factum* contre certaines personnes, alors même que ces dernières auraient agi frauduleusement; il en était ainsi quand un affranchi était défendeur contre son patron et quand un fils jouait le même rôle vis-à-vis de son père (L. 4, § 16, ff. *de doli mali except.*).

2e DIVISION. — *Exceptions réelles, exceptions personnelles.*

On appelait exception réelle *activement* (*in rem* ou *rei cohærens*) celle qui pouvait être opposée soit par le défendeur, soit par ses fidéjusseurs, soit par ses successeurs. L'exception était réelle *passivement* alors qu'elle pouvait être alléguée contre tout demandeur. Quant à celles que le défendeur, ses fidéjusseurs ou ses successeurs avaient le droit d'invoquer contre tout demandeur, elles étaient *in rem* activement et passivement (L. 2, §§ 1 et 2; L. 1, § 33, ff. *de doli mali*; L. 3, ff. *de except. rei venditæ*). On entendait par exception personnelle celle qui ne pouvait être invoquée que par telle personne déterminée, sans que ses fidéjusseurs ni ses successeurs pussent y recourir, et qui ne pouvait être opposée qu'à telle personne déterminée.

L'exception *quod metûs causâ* était *in rem* passivement en ce qu'elle pouvait être opposée à tout demandeur agissant en vertu de l'obligation contractée par violence, que ce demandeur eût ou non participé à la violence. Elle était aussi *in rem* activement en ce qu'elle pouvait être opposée par l'obligé et par ses fidéjusseurs et successeurs (L. 4, § 33, ff. *de doli mali except.*).

L'exception *rei venditæ et traditæ* était aussi *in rem* dans les deux sens (L. 3, ff. *de except. rei vendit.*)

Celle *doli mali* était personnelle passivement, en ce sens qu'elle ne se donnait que contre l'auteur des manœuvres frauduleuses et ses ayants cause à titre gratuit, et non contre tous autres qui agissaient en vertu de l'acte frauduleux. Elle était *in rem* activement, en ce qu'elle compétait aux successeurs et fidéjusseurs de l'obligé (L. 2, §§ 1 et 2; L. 4, § 33, ff. *de doli mali*).

§ 120. Dicuntur autem exceptiones aut peremptoriæ, aut dilatoriæ.

§ 120. Les exceptions sont péremptoires ou dilatoires.

§ 121. Peremptoriæ sunt, quæ perpetuo valent, nec evitari possunt : velut quod metus causa aut dolo malo, aut quod contra legem senatusve consultum factum est, aut quod res judicata est, vel in judicium deducta est; item pacti conventi, quo pactum est, ne omnino pecunia peteretur.

§ 121. Sont péremptoires les exceptions qui sont perpétuelles et que le demandeur ne peut pas écarter, comme les exceptions *quod metus causa*, de dol, ou de ce qui a été fait contrairement à une loi ou à un sénatus-consulte; celle de la chose jugée ou déduite devant le juge; celle de pacte convenu, par lequel on a convenu qu'on ne réclamerait jamais l'argent.

3e DIVISION. — *Exceptions dilatoires, exceptions péremptoires.*

En droit romain, on entendait par exception *péremptoire* celle qui pouvait être opposée au demandeur, quelle que fût l'époque à laquelle il agissait. On disait d'une telle exception qu'elle était *perpétuelle*, parce que jamais le droit de la proposer ne s'éteignait (§ 125).

§ 122. Dilatoriæ sunt exceptiones, quæ ad tempus nocent, veluti illius pacti conventi, quod factum est verbi gratia, ne intra quinquennium peteretur : finito enim eo tempore, non habet locum

§ 122. Sont dilatoires les exceptions qu'on ne peut employer que jusqu'à une certaine époque, comme celle qui résulte d'un pacte par lequel on a convenu qu'on ne demanderait pas avant cinq ans;

exceptio; cui similis exceptio est litis dividuæ et rei residuæ : nam si quis partem rei petierit, et intra ejusdem præturam reliquam partem petat, hac exceptione submovetur, quæ appellatur litis dividuæ. Item si is cui cum eodem plures lites habebat, de quibusdam egerit, de quibusdam distulerit, ut ad alios judices agantur, si intra ejusdem præturam de his quæ ita distulerit, agat, per hanc exceptionem quæ appellatur rei residuæ, submovetur.

après l'expiration des cinq ans, l'exception n'est plus recevable. Il en est ainsi des exceptions de *litige divisé* et de la *chose séparée;* car si quelqu'un n'a intenté action que pour une portion de la chose, et qu'il demande, pendant la même préture, action pour le reste, il est repoussé par l'exception de *litige divisé*. De même, si celui qui a plusieurs procès à soutenir contre quelqu'un, en intente quelques-uns et écarte les autres, pour qu'ils soient soumis à d'autres juges, il sera repoussé par l'exception de la *chose séparée*, s'il veut agir, pendant la même préture, concernant les procès écartés.

L'exception *dilatoire* n'avait de force qu'autant qu'elle était proposée dans un certain temps, après lequel le demandeur pouvait utilement agir (*Inst.*, *de except.*, §§ 9 et 10).

§ 123. Observandum est autem ei cui dilatoria objicitur exceptio, ut differat actionem, alioquin si objecta exceptione egerit, rem perdit; nec enim post illud tempus, quo integra re evitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest re in judicium deducta et per exceptionem perempta.

§ 123. Le demandeur auquel on oppose une exception dilatoire doit retarder l'exercice de son action; autrement, s'il passe outre et veut agir, il perd son procès; et il n'a pas la faculté d'agir à l'époque où il aurait pu éviter l'exception, si les choses fussent restées intactes, la chose ayant été déduite devant le juge et périmée par l'exception.

Mais que l'exception opposée valablement à l'*intentio* fût péremptoire ou dilatoire, elle produisait toujours le même effet, en ce sens que le juge chargé de statuer devait toujours absoudre le défendeur qui établissait le fondement de son exception,

à moins qu'une réplique ne vînt la combattre victorieusement : en d'autres termes, l'exception dilatoire du droit romain n'avait aucune ressemblance avec nos exceptions dilatoires, lesquelles tendent à obtenir du juge un sursis au jugement du procès, sauf au demandeur à former de nouveau sa demande. Elle n'était appelée dilatoire qu'en ce qu'elle ne paralysait le droit du demandeur que pendant un certain temps, après lequel elle n'aurait eu aucune efficacité, à la différence des exceptions péremptoires, qui détruisaient l'action, à laquelle elles formaient un obstacle perpétuel. Ainsi, lorsqu'un débiteur était convenu avec son créancier que celui-ci ne demanderait pas son payement avant trois mois, si le créancier agissait avant l'expiration de ce délai, on lui opposait l'exception *pacti conventi*, qui ici était dilatoire ; et, répétons-le, le créancier était déchu pour plus-pétition, pour n'avoir pas attendu l'expiration des trois mois avant d'exercer ses poursuites. Si, au contraire, ce dernier n'agissait qu'à l'expiration des trois mois, l'exception *pacti conventi* était inefficace dans l'espèce, à la différence d'une exception péremptoire (celle qui serait résultée, par exemple, d'un pacte de ne jamais demander le payement), qui aurait pu être opposée perpétuellement. Dans notre droit français, au contraire, l'exception résultant d'un pacte par lequel le créancier aurait promis de n'agir que dans trois mois ne ferait pas péricliter le droit du demandeur, mais l'obligerait seulement à renouveler sa demande après l'expiration du délai stipulé. Justinien avait, au surplus, modifié le droit à cet égard, et voulu qu'au lieu d'être déchu par le moyen qu'on lui opposait dans l'exception dilatoire, le demandeur fût seulement obligé de subir un délai double (*Inst., de exc.*, § 10).

L'exception dilatoire dont nous venons de parler prenait aussi le nom de *temporaire*, de même que l'exception péremptoire était dite perpétuelle ; mais, avant Justinien, l'une et l'autre étaient péremptoires, en ce sens qu'elles faisaient encourir la déchéance quand elles étaient opposées utilement. On appelait aussi exception *dilatoire temporaire* l'exception *litis residuæ*, qu'un défendeur opposait au demandeur qui l'actionnait devant des juges différents, au sujet de demandes différentes formées en même temps. Cette exception

ne pouvait être efficace qu'autant que la nouvelle demande formée devant un autre juge était produite pendant la même préture. Il en faut dire autant de l'exception *litis dividuæ* opposée contre un demandeur qui n'avait réclamé qu'une partie de son droit, et qui, dans la même préture, demandait une nouvelle formule pour le surplus (*Inst.*, *de except.*, § 11; — L. 2, § 4, ff. *de except.*).

§ 124. Non solum autem ex tempore, sed etiam ex persona dilatoriæ exceptiones intelliguntur : quales sunt cognitoriæ; velut si is qui per edictum cognitorem dare non potest, per cognitorem agat, vel dandi quidem cognitoris jus habeat, sed eum det, cui non licet cognituram suscipere. Nam si objiciatur exceptio cognitoria, si ipse talis erit, ut ei non liceat cognitorem dare, ipse agere potest; si vero cognitori non liceat cognituram suscipere, per alium cognitorem aut per semetipsum liberam habet agendi potestatem, et tam hoc quam illo modo evitare *potest* exceptionem ; quod si dissimulaverit eam et per cognitorem egerit, *rem perdit*.

§ 124. Outre les exceptions qui sont dilatoires à l'égard du temps, il y en a aussi de dilatoires à raison de la personne : telles sont les exceptions *cognitoriæ* : comme si quelqu'un auquel l'édit défend de nommer un *cognitor* agit par *cognitor*, ou si, ayant le droit d'avoir un *cognitor*, il en nomme un qui ne peut pas l'être. Si on lui oppose l'exception *cognitoria*, il peut agir lui-même, lorsqu'il est dans un cas où il ne lui est pas permis d'avoir un *cognitor;* mais s'il se trouve seulement dans le cas où le *cognitor* qu'il a nommé ne peut être tel, il a le pouvoir d'agir par un autre *cognitor* ou par lui-même, et peut ainsi repousser l'exception. S'il a bravé cette exception et agi par le premier *cognitor*, il perd son procès.

Certaines exceptions étaient dilatoires, mais non temporaires, en ce sens qu'elles pouvaient toujours être opposées au demandeur, qui avait la faculté d'y échapper, pourvu qu'il en tînt compte *in jure* avant la délivrance de la formule. Elles étaient purement dilatoires à peu près comme celles de notre droit français, car elles ne faisaient que retarder l'action toutes les fois que le demandeur évitait leur insertion dans la formule en se conformant à la prétention de son adversaire;

mais elles en différaient en ce qu'elles paralysaient l'action lorsqu'elles étaient justifiées devant le juge de la même manière que les autres exceptions. Nos exceptions dilatoires n'entraînent jamais une telle conséquence. De ce nombre nous citerons celle qu'opposait un fidéjusseur au créancier, pour qu'il divisât son action entre tous les fidéjusseurs, que lui fidéjusseur prétendait être solvables, et les exceptions *cognitoriæ* ou *procuratoriæ*, opposées au *cognitor* ou *procurator* n'ayant pas capacité pour représenter le demandeur, par exemple à un militaire. Dans le premier cas, si le demandeur consentait à la division, son action était réduite contre chaque fidéjusseur à sa part contributoire; si, au contraire, il laissait délivrer la formule avec l'exception, en s'obstinant à agir *in solidum* contre le fidéjusseur, ce dernier devait être absous alors qu'il justifiait de la solvabilité de ses cofidéjusseurs. Dans le second cas, le créancier pouvait choisir un autre *cognitor* ou *procurator*, ou agir par lui-même : s'il persistait à maintenir l'incapable, il perdait son droit par suite du bien fondé de l'exception (LL. 28 et 51, ff. *de fidejussoribus et mandat.;* L. 2, § 4, *de except.;* — *Instit.*, *de except.*, § 11).

§ 125. Semper peremptoria quidem exceptio nocet; *itaque reo, si ea* non fuerit usus, in integrum restitutio *datur servandæ* exceptionis gratia; dilatoria vero si non fuerit usus, an in integrum restituatur, quæritur.

§ 125. Une exception péremptoire peut toujours être opposée. Si donc le défendeur n'en a pas fait usage, on lui accorde la restitution en entier, pour lui faire recouvrer l'exception. C'est une question de savoir si on accorde la restitution en entier dans le cas où l'on n'a pas fait usage d'une exception dilatoire.

Quoique Justinien ne s'explique pas sur la question de savoir si le défendeur qui n'avait pas opposé l'exception dilatoire pouvait obtenir la restitution en entier, question qui faisait doute au temps de Gaïus, il est probable que cette restitution dut lui être accordée, puisque Justinien donnait un double délai à celui contre lequel on avait agi avant le temps voulu, et que, cherchant à s'écarter des subtilités de l'ancien droit, l'empereur adoptait toujours, entre deux opinions, celle

qui était favorable au défendeur (*V.* § 10, liv. IV, tit. XIII, *Instit.* de Justinien).

Parlons maintenant de quelques exceptions qui présentent une importance particulière, à savoir : celles *quod metûs causâ*, *doli*, *erroris, pacti conventi*, *jurisjurandi, rei judicatæ*, *rei in judicium deductæ*, *compensationis; procuratoriæ* et *cognitoriæ*, *rei residuæ*, *litis dividuæ* et *non numeratæ pecuniæ;* et aussi celles qui étaient tirées des sénatus-consultes Trébellien, Velléien, Macédonien, des lois *Julia* et *Cincia*.

Exceptio quod metûs causâ. — Celui qui avait consenti par crainte à s'obliger était tenu civilement, pourvu qu'il eût contracté dans les formes du droit civil, et ne pouvait échapper à une condamnation qu'au moyen de l'exception *quod metûs causâ*, que le préteur insérait dans la formule, sauf son recours à la restitution en entier. — Cette exception était *in rem* passivement, en ce sens que tout demandeur contre lequel elle était opposée et justifiée était repoussé dans sa demande, alors même qu'il n'eût point participé à la violence (L. 4, § 33, ff. *de doli mali et metûs causâ except.*).

Pour que la violence fût de nature à vicier le contrat, il fallait que le danger fût vraisemblable et difficile à éviter; que la menace fût grave, comme la mort, des blessures ou la perte de la liberté, et adressée soit à l'obligé, soit à ses enfants, mais dirigée contre la personne; la menace adressée à la réputation ou à la fortune ne produisait pas cet effet. Il était nécessaire, enfin, que la crainte eût été causée dans le but de forcer le défendeur à contracter (LL. 3, § 1; 4; 6; 7, § 1; 8, *pr.*, §§ 1, 2 et 3; 9; 14, § 3; 21; 22 et 23, §§ 1 et 2, ff. *quod metûs causâ;* — L. 3, ff. *ex quib. caus. majores*; — L. 13, C., *de transactionibus*; — L. 7, C., *de his quæ vi, metûsve causâ*; — L. 184, ff. *de diversis reg. juris*).

Exceptio doli mali. — L'exception de dol appartenait à celui qui s'était obligé par suite de manœuvres frauduleuses imputables au demandeur lui-même, ou à ceux qu'il représentait à titre gratuit, mais non à d'autres; elle n'était pas *in rem* passivement, mais bien activement, en ce sens que non-seulement le défendeur, mais encore ses fidéjusseurs et ses successeurs universels pouvaient l'opposer. Que le dol eût été

exercé au moment même du contrat ou à une autre époque, antérieure ou postérieure, l'exception était efficace, à la différence de l'exception *quod metûs causâ*, qui ne produisait son effet qu'autant qu'elle avait déterminé le contrat (L. 2, §.5, ff. *de doli mali except.*).

Pour que le dol viciât le contrat, il fallait qu'il eût déterminé l'intention de contracter, c'est-à-dire qu'il fût *principal;* s'il n'était intervenu que dans le cours d'un *negotium* commencé, il donnait seulement lieu à des dommages-intérêts, qu'on obtenait soit par l'action de dol, soit par l'exception *doli mali*, alors qu'on avait préféré attendre les poursuites du demandeur avant d'arguer du dol par lui pratiqué. Quand le dol était principal, c'était aussi par une action de dol qu'on pouvait faire prononcer la nullité du contrat, à moins qu'on ne préférât attendre les poursuites du demandeur, auquel cas on avait l'exception *doli mali* (L. 12, § 1, ff. *de jure dotium;* — L. 13, § 4, ff. *de action. empti et vend.;* — L. 7, *pr.*, *de dolo malo*).

Exceptio erroris. — Si par ses manœuvres le demandeur avait induit en erreur celui qui s'était lié croyant s'obliger pour une cause qui n'existait pas, ce dernier avait contre lui l'exception de dol, dont nous venons de parler. Mais si le créancier n'avait employé aucune manœuvre, et que le débiteur eût contracté pour une cause fausse, il avait une exception *in factum*, dont les termes devaient être : « *nisi errore lapsus, convenerit* » (*Inst.*, *de except.*, § 1).

Exceptio pacti conventi. — Les simples conventions ou pactes n'étaient pas reconnus par le droit civil comme cause d'extinction des obligations.— En conséquence, si un débiteur était convenu, par simple pacte avec son créancier, que celui-ci n'exercerait pas ses poursuites, soit pendant un certain temps, soit *in infinitum*, il avait besoin de recourir à l'exception *pacti* pour repousser l'action du demandeur, soit pendant le délai que ce dernier lui avait accordé, soit *in infinitum* si le pacte portait que le créancier ne le poursuivrait jamais (*Instit., de except.*, § 3). — Faisons observer que cette exception était inutile dans le cas où le pacte était intervenu au sujet d'un contrat consensuel, le mutuel dissentiment étant suffisant pour éteindre *ipso jure* les obligations qui en

résultaient (*Instit.*, *quib. modis oblig. tollitur*, § 4). Comme elle était *in factum*, elle pouvait être opposée à un ascendant ou à un patron, à la différence de l'exception de dol (M. Demangeat, t. II, p. 658).

Exceptio jurisjurandi. — On a vu, C. 3, § 180, qu'elle était accordée à celui qui, provoqué extrajudiciairement, par un prétendu créancier, à prêter le serment « *nihil se dare oportere*, » avait juré ne rien devoir. Le fait de prestation de serment, sur la provocation de la partie adverse, était considéré comme une transaction que le droit civil ne reconnaissait pas, mais que le droit honoraire protégeait par une exception. Celui qui, poursuivi, alléguait ainsi la prestation de serment, avait, en général, lorsqu'elle était contestée, le choix entre l'exception *jurisjurandi* et l'exception générale de dol (*Instit.*, *de except.*, § 4; —L. 2, ff. *de jurejurando*;— L. 25, *ib.*).

Il était, toutefois, des hypothèses où, l'exception de dol n'étant pas opposable, celle *jurisjurandi* était accordée. Telle est celle indiquée par M. Demangeat (t. II, p. 659) d'un pacte intervenu entre l'un de deux débiteurs solidaires et le créancier. Si au pacte s'était ajouté le serment de ce codébiteur qu'il n'y avait pas obligation, l'autre codébiteur actionné pouvait invoquer l'exception du serment prêté. Si le serment avait été prêté *in jure* ou *in judicio*, soit sur la provocation du demandeur, soit déféré par le magistrat ou par le juge, l'action du demandeur, si elle était personnelle et *in jus*, avait été éteinte par la *litis contestatio* ou par la sentence : il ne pouvait donc plus agir de nouveau; l'exception *jurisjurandi* était, en conséquence, inutile (*V.* C. 3, § 181). Si l'action primitive du demandeur était *in factum* ou réelle, comme il n'y avait pas eu de novation possible, il était besoin d'une exception : on donnait alors l'exception *rei judicatæ* ou celle *rei in judicium deductæ,* dont nous allons nous occuper. Il en faut dire autant du cas où l'action personnelle *in jus* avait été débattue dans un *judicium imperio continens* (V. *eod.*).

Exceptio rei judicatæ. — Dans le but de mettre fin aux procès, on a reconnu nécessaire d'admettre que la décision rendue par un juge serait considérée comme une vérité : *res judicata pro veritate habetur* (L. 207, ff. *de div. reg. juris*). Si donc un demandeur voulait poursuivre l'exécution d'une

sentence rendue en sa faveur, et si le défendeur condamné contestait qu'il y eût chose jugée à son égard, il y avait lieu d'examiner si réellement une sentence avait été rendue, et, à cet effet, on donnait au demandeur l'action *judicati*, dans laquelle le juge n'avait point à vérifier si le droit sur lequel le demandeur prétendait qu'il avait été déjà statué était ou non fondé, mais uniquement à apprécier si la question avait ou non été décidée par un premier jugement. Si, à l'inverse, le demandeur avait échoué dans sa première action et voulait la reproduire, nonobstant la sentence déjà rendue, le défendeur lui opposait l'exception *rei judicatæ* (*Instit.*, *de exception.*, § 5 ; — L. 9, § 2, ff. *de exceptione rei judic.*). Cette exception était, du reste, inutile toutes les fois que la première sentence avait été rendue sur une action personnelle *in jus* débattue dans une instance légitime, car, dans ce cas, la *litis contestatio* avait éteint *ipso jure* le droit sur lequel se fondait l'action. On n'avait besoin de l'invoquer qu'autant que l'action déjà débattue, l'avait été dans une instance contenue dans l'*imperium*, ou, si ce débat avait eu lieu dans un *judicium legitimum*, qu'autant que l'action était réelle ou *in factum* (*suprà*, C. 3, § 181, et C. 4, § 107).

On ne reconnaissait l'autorité de la chose jugée et l'on n'accordait, en conséquence, l'action ou l'exception *judicati*, qu'autant : 1° que la question à juger était la même que celle qui avait déjà été l'objet d'une sentence; peu importait qu'elle apparût sous une autre forme avec une autre espèce d'action; 2° que la même question était débattue entre les mêmes personnes ; 3° que les deux actions procédaient de la même cause (*V.* LL. 3, 7, § 4; 12, 13, 14, 19 et 22, ff. *de except. rei judic.*).

La question agitée dans la seconde instance était la même que celle qui avait fait l'objet du premier litige, quand elle portait sur le même corps ou sur une partie de ce corps, ou alors qu'elle comportait quelque chose de plus. Ainsi celui qui, après avoir succombé dans la revendication d'un fonds, en réclamait l'usufruit par une action nouvelle, était repoussé par l'exception *rei judicatæ*, alors qu'il demandait l'usufruit comme dépendant du droit de propriété, tandis que cette exception ne lui était pas opposable, si la seconde action ne

prétendait l'usufruit que comme une servitude, parce qu'il reconnaissait par là qu'il n'avait point droit à la propriété, ce qui était respecter la chose jugée (LL. 14, 21, § 3; 11, § 6; 17 et 26, *de except. rei judic.*).

La question était considérée comme agitée entre les *mêmes personnes*, non-seulement quand elle était débattue entre les individus ayant figuré au premier procès, mais entre leurs successeurs universels et entre ceux qui avaient plaidé pour les parties (LL. 11, § 3; 9 et 10, 4 et 11, § 7, *eod.*).

Les causes étaient les mêmes quand la prétention du demandeur reposait sur le même fondement. Si, au contraire, il invoquait un nouveau titre, la cause était différente, et la chose jugée n'était point opposable. Ainsi, après avoir succombé dans l'action par laquelle une personne réclamait cent en vertu d'une vente, elle pouvait très-bien réclamer plus tard la même somme comme lui étant due *ex stipulatu*, et l'exception *judicati* n'était pas fondée contre elle (L. 14, § 2, ff. *de except. rei jud.*). De même, celui qui avait échoué dans la revendication d'un fonds qu'il avait d'abord déclaré sien en vertu d'une mancipation *(expressâ causâ)* pouvait agir de nouveau en réclamant le même objet *ex causâ legati* (L. 11, § 2, *eod.*).

Observons, en ce qui concerne l'action *in rem*, que, le plus souvent, l'exception *rei judicatæ* paralysait la nouvelle demande, parce que, le motif de l'action première n'étant pas indiqué, le juge avait compris dans son examen tous les titres en vertu desquels la propriété avait pu être acquise (LL. 11, § 4; 25, *eod.*).

Exceptio rei in judicium deductæ. — Quand un demandeur avait laissé périmer la formule d'action qu'on lui avait délivrée (elle durait pendant dix-huit mois ou pendant le temps que le magistrat dont elle émanait restait en fonctions, suivant les distinctions que nous avons faites plus haut), et voulait faire usage de cette formule périmée, il était repoussé par l'exception *rei in judicium deductæ*. Cette exception n'était nécessaire, de même que la précédente, qu'autant que la *litis contestatio* n'avait pas opéré *ipso jure*, c'est-à-dire que pour repousser toute action autre que les actions personnelles *in jus* précédemment débattues dans un *judicium legitimum* (texte, C. 3, § 181; — C. 4, § 107).

Exception de compensation. — *V.* C. 3, § 181, p. 420.

Exceptiones procuratoriæ et cognitoriæ. — Certaines personnes n'étaient pas aptes à représenter les plaideurs : tels étaient les militaires, les personnes notées d'infamie. On pouvait, en conséquence, opposer l'exception *procuratoria* ou *cognitoria* au *procurator* ou au *cognitor* qu'on avait choisi parmi ces incapables (L. 7, C., *de procuratorib.*; — *Instit.*, *except.*, § 2).

Exceptio rei residuæ. — Si un demandeur n'avait demandé qu'une partie de ce qui lui était dû, et si plus tard, mais pendant la même préture, il réclamait le surplus, l'exception *rei residuæ* lui était valablement opposée et entraînait la perte de son droit. Si, au contraire, il attendait la préture suivante avant d'agir pour ce surplus, sa nouvelle action était recevable (texte, § 122).

Exceptio litis dividuæ. — Celui qui avait plusieurs contestations avec une personne et qui n'agissait que pour quelques-unes, de manière à suivre plusieurs instances devant des juges différents, était repoussé par l'exception *litis dividuæ* si, pendant la même préture, il intentait une action au sujet des contestations précédemment écartées (texte, *eod.*).

Exceptio non numeratæ pecuniæ. — La promesse faite par stipulation ou *litteris* de rendre une somme d'argent produisait une action de droit strict, soit l'action *ex stipulatu*, soit la *condictio certi*, contre celui qui s'était engagé. Mais, comme l'équité ne permettait pas qu'on contraignît une personne à donner ce qu'elle n'avait pas reçu, on accordait au défendeur qui prétendait que le prêt allégué n'avait pas été effectué l'exception *non numeratæ pecuniæ* pour repousser l'action du prétendu créancier. Cette exception *in factum* avait cela de remarquable qu'elle n'obligeait pas le défendeur à la prouver, ainsi qu'il arrive dans toutes les autres exceptions. Il suffisait de l'invoquer pour placer le demandeur dans la nécessité d'établir la numération ; sinon, il perdait son procès (*Instit.*, *de except.*, § 2 ; — *de litterar. obligat.*; — texte, § 116 ; — LL. 2, § 3, et 4, § 16, ff. *de dol. mal. et met.*).

Cette exception n'était valablement opposée que pendant un délai qui, fixé d'abord à une année, fut porté à cinq ans par Dioclétien, et enfin ramené à deux par Justinien. Ce délai

courait du jour de la promesse. Le débiteur pouvait actionner le créancier qui n'agissait pas contre lui avant l'expiration du délai légal, et le contraindre à le libérer (*Inst.*, *de except.*, § 2; — L. 14., C., *de non numer. pecun.*; — L. 7, *eod. tit.*).

Exception tirée du sénatus-consulte Trébellien.— L'exception tirée du sénatus-consulte Trébellien se donnait au grevé d'une hérédité fidéicommissaire qui l'avait restituée d'après les règles portées par ce sénatus-consulte, et qui était poursuivi passivement à cause de l'hérédité rendue au fidéicommissaire (*Inst.*, *de fideicommissariis hæredit.*; — *suprà*, C. 2, §§ 253 et suiv.).

Avant l'introduction de ce sénatus-consulte, l'héritier qui restituait l'hérédité au fidéicommissaire lui en faisait une vente fictive, à la suite de laquelle il stipulait de celui-ci qu'il l'indemniserait de tout ce qu'il serait condamné à payer comme héritier, et qu'il le défendrait loyalement, si on l'actionnait à titre héréditaire. De son côté, le fidéicommissaire stipulait du grevé que si celui-ci recevait quelque chose de l'hérédité, il le rendrait au fidéicommissaire, et qu'il laisserait même ce dernier exercer les actions héréditaires, soit comme *procurator*, soit comme *cognitor*. Le sénatus-consulte Trébellien fit cesser l'usage de ces stipulations réciproques, car il décida que le fidéicommissaire pourrait exercer lui-même les actions civiles qu'on donnait à l'héritier, et qu'il serait passible de celles qu'on pouvait faire valoir contre l'héritier. Mais le préteur ne donnait que des actions *utiles* pour ou contre le fidéicommissaire. Le grevé pouvait donc être poursuivi en vertu des actions *directes*, et l'exception tirée du sénatus-consulte lui était utile à l'effet de repousser une pareille poursuite. — Cette exception reçut encore son application lorsque le sénatus-consulte Pégasien eut établi l'usage de stipulations entre le grevé et le fidéicommissaire, mais dans des cas moins graves. Ainsi, quand la restitution avait lieu en vertu du sénatus-consulte Pégasien, comme le sénatus-consulte Trébellien ne recevait pas d'application, et que les stipulations intervenues garantissaient le grevé, il n'y avait pas lieu à invoquer l'exception. Or, la restitution se faisait en vertu du sénatus-consulte Pégasien quand le testateur n'avait pas laissé au grevé au moins le quart de l'hérédité, et que

celui-ci voulait retenir ce quart, ou même lorsqu'il ne retenait pas le quart, s'il avait fait adition de l'hérédité. Toutefois, si son adition n'était pas volontaire, mais ordonnée par le préteur en vertu du sénatus-consulte, les stipulations n'étaient pas nécessaires; le grevé était protégé par les termes mêmes du sénatus-consulte. Il n'avait pas à craindre d'être inquiété, et l'exception tirée du sénatus-consulte Trébellien lui était inutile. Mais, quand le testateur lui avait laissé au moins le quart de l'hérédité, la restitution qu'il faisait au fidéicommissaire ne l'empêchait pas de rester héritier, et il pouvait être poursuivi comme tel pour le tout passivement, de même qu'il pouvait agir pour le tout; mais dans le fait, au moyen de l'exception tirée du sénatus-consulte Trébellien, il n'était tenu que pour la part qu'il gardait.

Exception du sénatus-consulte Velléien. — Le sénatus-consulte Velléien avait défendu aux femmes de s'obliger en aucune manière pour autrui, de se porter cautions, *intercedere pro aliis* (V. *suprà*, C. 3, § 127).

Exception du sénatus-consulte Macédonien. — Par le sénatus-consulte Macédonien, qui défendait de faire au fils de famille aucun prêt d'argent, on venait en aide à celui qui s'était obligé par un *mutuum*, sans le consentement de l'ascendant sous la puissance duquel il était. Le créancier qui avait un tel débiteur pour obligé était repoussé par l'exception tirée du sénatus-consulte, quand il exerçait son action, pourvu toutefois qu'au moment du contrat il eût su ou pu savoir que l'emprunteur n'était pas *sui juris* (L. 12, ff. *de S.-C. Macedonian.*; — L. 3, *pr.*, et § 2, *ib.*).

Exception de la loi Julia. — D'après la loi Julia, un débiteur était autorisé à mettre fin aux poursuites de ses créanciers, en leur faisant l'abandon de tout ce qu'il avait (L. 4, C., *qui bon. ced. poss.*), sauf à ceux-ci à agir ultérieurement sur les nouveaux biens qu'il acquérait (L. 7, ff. *de cess. bonor.*; — LL. 4 et 6, *eod.*; — *Instit.*, § 40, *de act.*). L'exception *nisi bonis cesserit* était accordée à ce débiteur, lorsqu'il était poursuivi après la cession, et qu'il voulait invoquer le bénéfice de la loi Julia (*Inst.*, *de replic.*, § 4).

Exception de la loi Cincia. — Aux termes de la loi Cincia, il était défendu de donner au delà d'une valeur déterminée à

toute personne, sauf certains parents du donateur et quelques autres donataires. Mais le donateur qui avait transféré à son donataire les objets donnés malgré cette prohibition ne pouvait pas les revendiquer. Si, au contraire, il n'avait pas livré les objets donnés, il pouvait repousser la prétention du donataire qui agissait contre lui, en lui opposant l'exception tirée de la loi Cincia, mais seulement en ce qui concernait l'excédant de la quotité disponible. Quand il ne s'était qu'obligé *donationis causâ*, sans transférer la propriété, il avait en outre la *condictio indebiti*, s'il avait payé, sans préjudice de l'exception avant d'avoir payé. S'il s'agissait de meubles donnés et livrés, le donateur avait même l'interdit *utrubi* pour les réclamer, quoiqu'il eût réellement transféré la propriété (*Fragmenta Vaticana*, §§ 298 et suiv. ; — Ulpien, *Règ.* I ; — L. 5, § 2, ff. *de doli mali et met.*; — *Frag. Vat.*, § 266 ; — L. 24, ff. *de donat.*; — L. 21, § 1, *ib.*).

Exceptio justi dominii. — Nous avons suffisamment expliqué, p. 505, l'utilité de l'exception *justi dominii*.

§ 126. Interdum evenit ut exceptio, quæ prima facie justa videatur, inique noceat actori : quod quum accidat, alia adjectione opus est adjuvandi actoris gratia ; quæ adjectio replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur jus exceptionis. Nam si verbi gratia pactus sim tecum, ne pecuniam, quam mihi debes, a te peterem ; deinde postea in contrarium pacti simus, id est, ut petere mihi liceat ; et, si agam tecum, excipias tu, ut ita demum mihi condemneris, si non convenerit, ne eam pecuniam peterem : nocet mihi exceptio pacti conventi ; namque nihilominus hoc verum manet, etiamsi postea in contrarium pacti simus : sed

§ 126. Il arrive quelquefois que l'exception, qui paraît juste au premier abord, est injuste contre le demandeur : dans ce cas, on aide le demandeur par une amplification qu'on appelle réplique, parce qu'on y réplique et qu'elle détruit l'exception. Si, par exemple, j'ai convenu par pacte avec vous de ne pas vous demander l'argent que vous me devez, et si, par la suite, par un nouveau pacte, nous sommes convenus du contraire, c'est-à-dire que je pourrai vous demander l'argent que vous me devez, quand j'agirai contre vous, vous pourrez m'opposer une exception pour n'être condamné qu'autant que nous n'aurons pas convenu que je ne demanderais

quia iniquum est me excludi exceptione, replicatio mihi datur ex posteriore pacto, hoc modo : SI NON POSTEA CONVENERIT, UT EAM PECUNIAM PETERE LICERET. Item si argentarius pretium rei quæ in auctione venierit, persequatur, objicitur ei exceptio, ut ita demum emptor damnetur, si ei res quam emerit, tradita *sit : quæ quidem est* justa exceptio ; sed si in auctione prædictum est, ne ante emptori traderetur res, quam si pretium solverit, replicatione tali argentarius adjuvatur : AUT SI PRÆDICTUM EST, NE ALITER EMPTORI RES TRADERETUR, QUAM SI PRETIUM EMPTOR SOLVERIT.

pas l'argent : cette exception de pacte convenu m'est nuisible, car ce pacte existe malgré la convention contraire ; mais, comme il serait inique de repousser ma demande par cette exception, on m'accorde une réplique, en vertu du second pacte, réplique ainsi conçue : A MOINS QU'ON N'AIT CONVENU PAR LA SUITE QUE L'ARGENT POURRAIT ÊTRE DEMANDÉ. De même, si un argentier poursuit le prix d'une chose qu'il a vendue dans une vente publique, on lui objecte l'exception qui veut que l'acheteur ne soit pas condamné, si la chose ne lui a pas été livrée : cette exception est bien fondée ; mais si l'argentier a annoncé, à l'encan, que la chose ne serait pas livrée avant le payement du prix, on vient à son aide par cette réplique : A MOINS QU'ON N'AIT ANNONCÉ QUE LA CHOSE NE SERAIT PAS LIVRÉE A L'ACHETEUR AVANT LE PAYEMENT DU PRIX.

§ 127. Interdum autem evenit ut rursus replicatio quæ prima facie justa sit, inique reo noceat : quod quum accidat, adjectione opus est adjuvandi rei gratia, quæ duplicatio vocatur.

§ 127. Il arrive aussi quelquefois que la réplique, juste au premier aperçu, est injuste contre le défendeur : dans ce cas, on vient en aide à ce défendeur par une *duplique*.

§ 128. Et si rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam inique actori noceat, rursus adjectione opus est, qua actor adjuvetur, quæ dicitur triplicatio.

§ 128. Dans le cas où cette duplique, juste d'abord, est injuste contre le demandeur, on accorde à celui-ci une triplique.

La *réplique* était à l'exception ce que celle-ci était à l'action. Elle avait pour but de permettre au juge de statuer d'après les faits, au lieu d'être astreint aux règles rigoureuses du droit civil. La *duplique* produisait le même résultat à l'égard de la réplique. La *tréplique* était, à son tour, la réponse à la duplique, et ainsi de suite.

§ 129. Quarum omnium adjectionum usum interdum etiam ulterius, quam diximus, varietas negotiorum introduxit.

§ 129. La diversité des affaires a introduit ces amplifications *(adjectiones)*, dont l'usage s'est étendu même au delà de la triplique.

§ 130. Videamus etiam de præscriptionibus quæ receptæ sunt pro actore.

§ 130. Occupons-nous des prescriptions introduites dans l'intérêt du demandeur.

Les *prescriptions* étaient des *adjectiones* que le demandeur ou le défendeur pouvaient faire placer en tête de la formule, afin d'échapper aux conséquences du droit civil. Nous avons déjà eu occasion de parler, sous le § 53, des prescriptions introduites en faveur du demandeur.

§ 131. Sæpe enim ex una eademque obligatione aliquid jam præstari oportet, aliquid in futura præstatione est : velut cum in singulos annos vel menses certam pecuniam stipulati fuerimus ; nam finitis quibusdam annis aut mensibus hujus quidem temporis pecuniam præstari oportet ; futurorum autem annorum sane quidem obligatio contracta intelligitur, præstatio vero adhuc nulla est. Si ergo velimus id quidem quod præstari oportet petere et in judicium deducere, futuram vero obligationis præstationem in incerto relinquere, necesse est, ut cum hac præscriptione agamus : EA RES AGATUR, CUJUS REI DIES FUIT ; alioquin

§ 131. Souvent, en effet, en vertu d'une seule et même obligation, on est tenu de fournir actuellement quelque chose, et plus tard quelque autre chose, par exemple lorsqu'on a stipulé une somme certaine, payable chaque année ou chaque mois : dans ce cas, à l'expiration de chaque année ou de chaque mois, il faut fournir la somme due à cette époque ; quant aux années à venir, on considère l'obligation comme contractée, et la prestation comme non exigible. Si donc nous voulons demander et déduire devant le juge ce qu'on doit nous fournir, laissant pour l'avenir les prestations futures, nous devons faire insérer

si sine hac præscriptione egerimus ea scilicet formula, qua incertum petimus cujus intentio his verbis concepta est : QUIDQUID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE, FACERE OPORTERE, totam obligationem, id est, etiam *futuram* in hoc judicium deducimus, et quantumvis *in obligatione fuerit*, *tamen id solum consequimur, quod litis contestatæ tempore præstari oportet, ideoque removemur postea agere volentes.* Item si verbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus ita præscribere : EA RES AGATUR DE FUNDO MANCIPANDO ; *ut* postea, si velimus vacuam possessionem nobis tradi, de tradenda *ea possessione ex stipulatu vel ex empto agere* possimus. *Sed* totius illius juris obligatio ill*a* in*ten*ta actione : QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE, FACERE OPORTERET, *per* in*ten*tione*m* consumitur, ut postea nobis agere volentibus *de* vacua possessione tradenda nulla supersit actio.

cette prescription dans la formule : IL EST QUESTION DE LA PRESTATION ÉCHUE ; autrement, si nous avons omis la prescription et avons agi par une formule où nous demandions une chose incertaine, et dont l'*intention* était ainsi conçue : TOUT CE QU'IL APPERT QUE NUMÉRIUS NÉGIDIUS DOIT DONNER OU FAIRE POUR AULUS AGÉRIUS, nous avons déduit devant le juge toute l'obligation, même dans ce qu'elle a de futur, et, quel que soit le montant de cette obligation, nous n'obtenons cependant que ce qui est échu au temps de la *litis contestatio ;* et si, par la suite, nous voulons agir pour le reste, notre demande est rejetée. De même, lorsque nous agissons *ex empto*, pour qu'on nous mancipe un fonds, nous devons faire insérer cette prescription dans la formule : IL S'AGIT D'UN FONDS QU'ON DOIT MANCIPER ; de cette manière, si, par la suite, nous voulons qu'on nous livre la libre possession, nous pouvons agir *ex stipulatu*, pour qu'on nous livre ce fonds, ou intenter de nouveau l'action *ex empto*. Mais, le montant de toute l'obligation étant demandé par l'action : TOUT CE QUE, POUR CES MOTIFS, NUMÉRIUS NÉGIDIUS DOIT FAIRE OU DONNER POUR AULUS AGÉRIUS, l'obligation s'éteint par cette *intention*, de sorte que si, par la suite, nous voulons agir rela-

tivement à la tradition de la libre possession, nous n'avons aucune action.

Gaïus veut dire ici que l'acheteur qui ne voulait, pour le moment, que se faire manciper la chose vendue, devait placer une *prescription* en tête de la formule, à l'effet de se réserver l'action *empti* pour la tradition de la chose. Sans cette *prescription*, il perdait tout droit d'exercer ultérieurement l'action *empti*. Ce paragraphe de Gaïus prouve, suivant Zimmern, que l'action *empti* pouvait être formulée comme action arbitraire, dans le but de faire avoir la tradition au demandeur.

§ 132. Præscriptiones autem appellatas esse ab eo quod ante formulas præscribuntur, plus quam manifestum est.

§ 133. Sed his quidem temporibus, sicut supra quoque diximus, omnes præscriptiones ab actore proficiscuntur; olim autem quædam et pro reo opponebantur; qualis erat illa præscriptio : EA RES AGATUR SI *MODO* PRÆJUDICIUM HÆREDITATI NON FIAT, quæ nunc in speciem exceptionis deducta est et locum habet, quum petitor hæreditatis alio genere judicii præjudicium hæreditati faciat, velut quum *res singulas petat; esse* enim iniquum per unius *rei petitionem....*

§ 132. Il est plus qu'évident que les prescriptions sont ainsi appelées parce qu'elles sont écrites en tête des formules.

§ 133. Il est vrai que, de nos jours, ainsi que nous l'avons dit plus haut, toutes les prescriptions sont en faveur du demandeur; mais autrefois le défendeur pouvait en opposer quelques-unes, entre autres celle-ci : QUE CETTE DEMANDE SOIT SUIVIE, POURVU QU'ELLE NE PRÉJUGE PAS LA QUESTION D'HÉRÉDITÉ; prescription transformée maintenant en une exception particulière, qu'on oppose lorsque le demandeur d'une hérédité fait, par une action autre que la pétition d'hérédité, préjuger la question d'hérédité, par exemple lorsqu'il demande des objets particuliers; il serait injuste, en effet, de préjuger, par la demande d'un seul objet, d'une question plus étendue touchant cette même hérédité.

Certaines *prescriptions* avaient aussi été introduites en faveur du défendeur. On remarque notamment les *præjudicia*, la *præscriptio hæreditatis*, la *præscriptio fori* et la *præscriptio temporis*. Gaïus nous apprend que, de son temps, toutes les prescriptions introduites en faveur du défendeur étaient transformées en exceptions.

On entendait par *præjudicium* toute restriction qui tendait à subordonner la décision du litige au cas où elle n'impliquerait pas la solution d'une autre question non encore vidée, et qu'il importait de ne pas préjuger. Il ne faut pas confondre les *præjudicia* avec les actions *préjudicielles* (*suprà*, sous le § 38, p. 511). — Ils différaient également d'une autre espèce de *præjudicium* qui se produisait dans l'*actio sacramenti*, où l'examen du juge portait sur la question de savoir si le *sacramentum* était juste ou injuste, au lieu de porter nominalement sur la prétention première du demandeur, et qui avait également lieu dans la procédure *per sponsionem* (*suprà*, § 13 et suiv., et 94).

La *præscriptio hæreditatis* avait pour objet d'empêcher que la décision à rendre sur l'instance actuellement engagée ne préjugeât la question d'hérédité, qui ne devait pas être jugée par avance, et qui était ou pouvait être elle-même l'objet d'un procès séparé. — Dans ce but, le magistrat insérait dans la formule, sur la demande du défendeur, une clause restrictive par laquelle il disait au juge : « Statuez, pourvu que votre décision ne préjuge pas, ne décide pas implicitement la question héréditaire (*ea res agatur, quod præjudicium hæreditati non fiat*). » Il restreignait par là l'action qu'il donnait sur la première question, au cas où elle pourrait être décidée sans rien préjuger sur la seconde.

La *præscriptio fori* répondait à notre exception d'incompétence. Quand le magistrat ne reconnaissait pas lui-même son incompétence proposée par le défendeur, il accordait une formule en tête de laquelle il plaçait la *præscriptio fori* (L. 13, C., *de except.*; — LL. 50 et 52, ff. *de judic.*, et L. 7, *pr.*, *qui satisd. coget.*).

La *præscriptio temporis* était accordée à un défendeur contre lequel on agissait tardivement, par exemple au possesseur d'un fonds provincial qui l'avait possédé pendant dix

ou vingt ans sans être inquiété, et contre lequel l'ancien maître intentait sa réclamation après ce délai. Cette *præscriptio* produisait le même effet que les exceptions, en ce sens qu'elle entraînait l'absolution du défendeur, quand elle était justifiée, et l'anéantissement du droit du demandeur. Les autres prescriptions invoquées par le défendeur ne produisaient pas ces conséquences ; elles retardaient seulement le litige, soit qu'il y eût lieu au renvoi devant un autre magistrat, soit que le juge saisi dût surseoir à cause d'un *præjudicium* opposé (L. 76, ff. *de contrah. empt.*, et les titres *de except.*, au Digeste et au Code).

§ 134. *Inten*tione formulæ determinatur is cui dare oportet, et sane domino dare oportet quod servus stipulatur ; at in præscriptione de pacto quæritur quod secundum naturalem significationem verum esse debet.

§ 134. L'*intention* de la formule détermine celui auquel il faut donner ; on doit donner au maître ce que son esclave a stipulé ; mais dans la prescription de pacte on recherche ce qui paraît être naturellement la vérité.

Pour donner un sens à la seconde partie du § 134, il faut supposer qu'un esclave avait stipulé une somme au profit de son maître qui, plus tard, avait fait lui-même un pacte par lequel il accordait plusieurs termes pour le payement de cette somme. Quand ce maître voulait agir *ex stipulatu*, il devait mettre une *prescription* en tête de sa formule, afin de réduire sa demande aux prescriptions échues : cette *prescription* s'appelait prescription de pacte (*V.*, p. 412, *Traité des actions*, de M. Bonjean, l'opinion de cet auteur sur le sens du § 134).

§ 135. Quæcumque autem diximus de servis, eadem de cæteris quoque personis, quæ nostro juri subjectæ sunt, dicta intelligimus.

§ 135. Ce que nous avons dit à propos des esclaves s'applique à toute autre personne soumise à notre puissance.

§ 136. Item admonendi sumus, si cum ipso agamus, qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut præscriptio incerta

§ 136. Nous devons avertir que, si nous agissons contre celui qui a promis une chose incertaine, nous devons proposer la formule de manière

sit formulæ loco demonstrationis, hoc modo : JUDEX ESTO, QUOD AULUS AGERIUS DE NUMERIO NEGIDIO INCERTUM STIPULATUS EST, CUJUS REI DIES FUIT, QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE, FACERE OPORTET, et reliqua.

à remplacer la *démonstration* par la prescription suivante : SOYEZ JUGE DE CE QU'AULUS AGÉRIUS A STIPULÉ DE NUMÉRIUS NÉGIDIUS UNE CHOSE INCERTAINE, OBLIGATION QUI EST ÉCHUE ; DE CE QUE, POUR CE MOTIF, NUMÉRIUS NÉGIDIUS DOIT FAIRE OU DONNER POUR AULUS AGÉRIUS, et la suite.

Quand l'obligation était indéterminée, la *démonstration*, que le magistrat rédigeait habituellement, ne pouvait pas suffire, car il était de la nature de toutes les parties de la formule d'être très-concises et de ne comprendre que les prestations certaines, sauf la *condamnation* qui, dans certains cas, laissait au juge la faculté de l'arbitrer. Or, quand une obligation était indéterminée, elle était toujours subordonnée à des circonstances qui l'augmentaient ou la diminuaient, circonstances qu'il était nécessaire de rappeler et d'exposer devant le magistrat chargé d'en faire le résumé, la *description*, ce qui nécessitait une *prescription* qu'il mettait en tête de la formule. Les actions *præscriptis verbis* n'étaient rien autre chose que des actions où la *démonstration* était, comme dans le cas où le demandeur réclamait une chose incertaine, remplacée par une *prescription;* et, comme les contrats du droit civil étaient très-restreints, il arrivait que fréquemment on avait recours à ces actions *præscriptis verbis* naissant des contrats innomés, tels que l'échange et le contrat estimatif. Ne confondez pas ces contrats innomés avec les simples pactes, dont ils différaient en ce qu'ils avaient été consacrés par le droit civil lui-même, et n'avaient été privés d'un nom particulier que parce que l'ancien droit civil n'avait prévu qu'un nombre déterminé de contrats dans lesquels ils ne rentraient pas. Quand l'une des parties avait accompli le fait porté dans la convention, elle pouvait contraindre l'autre à exécuter son obligation ; on lui donnait, à cet effet, une formule ayant une *prescription*, suivie d'une *intention* conçue *in jus*, mais indéterminée: QUIDQUID OB EAM REM DARE, FACERE OPORTET. Si

la partie qui avait exécuté voulait revenir sur la convention, elle pouvait réclamer l'objet fourni par elle, et avait à cet effet la condiction : *condictio causâ datâ, causâ non secutâ.* Les *pactes* prétoriens donnaient naissance à une action prétorienne par le seul effet du consentement, c'est-à-dire que l'une des parties pouvait actionner l'autre avant d'avoir elle-même exécuté son obligation. Ce n'était pas par l'accomplissement d'une exécution, d'une dation, que l'action prenait naissance, mais par le seul effet du consentement, comme dans les contrats consensuels du droit civil. Ces pactes prétoriens différaient eux-mêmes des pactes nus, qui ne donnaient pas naissance à une action, mais produisaient des obligations naturelles, qu'on pouvait seulement faire valoir par exception.

§ 137. Si cum sponsore aut fidejussore agatur, præscribi solet in persona quidem sponsoris hoc modo : EA RES AGATUR, QUOD AULUS AGERIUS DE LUCIO TITIO INCERTUM STIPULATUS EST QUO NOMINE NUMERIUS NEGIDIUS SPONSOR EST, CUJUS REI DIES FUIT ; in persona vero fidejussoris : EA RES AGATUR, QUOD NUMERIUS NEGIDIUS PRO LUCIO TITIO INCERTUM FIDE SUA ESSE JUSSIT, CUJUS REI DIES FUIT ; deinde formula subjicitur.

§ 137. Quand on agit contre un *sponsor* ou contre un fidéjusseur, la prescription a trait à la personne du *sponsor* de la sorte : IL S'AGIT DE CE QU'AULUS AGÉRIUS A STIPULÉ UNE CHOSE INCERTAINE DE LUCIUS TITIUS, QUI A POUR SPONSOR NUMÉRIUS NÉGIDIUS, STIPULATION DONT LE TERME EST ÉCHU. La prescription relative à la personne du fidéjusseur se fait ainsi : IL S'AGIT DE CE QUE NUMÉRIUS NÉGIDIUS A GARANTI D'INCERTAIN, PAR FIDÉJUSSION, POUR LUCIUS TITIUS, STIPULATION DONT LE TERME EST ÉCHU; la formule est ensuite rédigée.

§ 138. Superest ut de interdictis dispiciamus.

§ 138. Il nous reste à parler des interdits.

§ 139. Certis igitur ex causis prætor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis proponit, quod tum maxime facit quum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur. Et in summa

§ 139. Dans certains cas, le préteur ou le proconsul interposent leur autorité, dès le début, pour faire cesser des controverses, intervention qui a lieu le plus souvent lorsqu'il y a entre personnes une contestation relative à la possession

aut jubet aliquid fieri, aut fieri prohibet : formulæ autem verborum et conceptiones quibus in ea re utitur, interdicta decretave vocantur.

ou à la quasi-possession. Par son interdit, le préteur ordonne de faire certaine chose, ou défend de faire telle autre chose ; les formules et les phrases qu'on emploie à cet effet prennent le nom d'interdits ou de décrets.

Le but des interdits était soit de protéger directement, dès le début, et dans un intérêt d'ordre public, les citoyens contre la violence ou la violation des lieux sacrés, soit de garantir leurs intérêts privés dans les causes urgentes, et de prévenir ou réparer des rixes ou des voies de fait, notamment quant à la possession (L. 1, ff. *de interd.*). Dans une thèse remarquée en 1860, à la faculté de Paris, M. Barkausen enseigne que les interdits furent imaginés à l'effet d'éviter une condamnation pécuniaire et d'assurer l'exécution en nature. Si l'on remarque qu'au temps des *legis actionibus* cette exécution était admise, on ne saurait accepter une telle manière de voir, les interdits n'étant pas antérieurs à cette procédure. Il nous paraît plus probable que l'introduction des interdits vient de la nécessité de suppléer aux lacunes du droit civil. Ils furent le moyen employé par le préteur à une époque où les actions formulaires n'étant pas en usage, ce magistrat n'avait pas imaginé l'action *in factum*. — On en continua l'usage après l'introduction de ce système, quoiqu'ils fussent d'une utilité moindre qu'auparavant (M. Machelard, *Revue critique de législ.*, t. XXIV, p. 417 et suiv.).

§ 140. *Vocantur* autem decreta, quum fieri aliquid jubet, velut quum præcipit ut aliquid exhibeatur, aut restituatur; interdicta vero, quum prohibet fieri, velut quum præcipit ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat : unde omnia interdicta aut restitutoria, aut exhibitoria, aut prohibitoria vocantur.

§ 140. Par les décrets le préteur ordonne de faire : par exemple, il enjoint d'exhiber ou de restituer telle chose ; par les interdits il défend de faire : par exemple, il défend de faire violence à celui qui possède sans vice, ou de rien faire dans un lieu sacré. De là la division des interdits en *restitutoires*, *exhibitoires* et *prohibitoires*.

Le préteur rendait des édits particuliers par lesquels il *défendait* de faire telle ou telle chose, par exemple de rien faire dans un lieu sacré, ou d'employer la violence à l'égard de celui dont la possession n'était pas vicieuse. Ces édits s'appelaient spécialement *interdits*, de *interdicere*, défendre. Les édits rendus en matière d'ordre public, et ceux qui étaient relatifs aux intérêts privés, quand le magistrat prohibait la violence, prenaient toujours le nom d'*interdits ;* ainsi l'on disait : l'interdit *uti possidetis*, l'interdit *utrubi.* Mais le magistrat *ordonnait* aussi souvent d'exhiber ou de restituer une chose déterminée, et, dans ces cas, son édit prenait le nom de *décret.*

A peine est-il besoin de dire que le magistrat n'accordait pas toujours un interdit alors qu'on le lui demandait. Dans certaines hypothèses, il le refusait péremptoirement, par exemple quand le défendeur reconnaissait les faits allégués par son adversaire (L. 6, § 2, ff. *de confes.*). — Dans d'autres, il ne l'accordait qu'après examen de certaines circonstances, par exemple celle de savoir si le demandeur qui n'était pas en situation actuelle de l'obtenir pouvait réclamer une *restitutio in integrum*, à l'aide de laquelle il se plaçait dans une telle condition (L. 1, § 9, ff. *de itin. act.*); ou encore lorsque le défendeur invoquait un pacte qui, justifié, aurait rendu l'interdit invoqué non recevable (L. 1, § 6, ff. *ne quid in flum. publ.*). Ce n'était qu'autant que le demandeur se trouvait dans les prévisions de l'interdit, qu'il offrait la preuve des faits qui le mettaient dans cette situation, et que l'adversaire les déniait, que le magistrat rendait son interdit immédiatement.

Quand les faits allégués n'avaient pas été directement prévus par l'édit, mais présentaient de l'analogie avec ceux qu'il avait indiqués, le magistrat pouvait rendre un interdit *utile* (L. 15, ff. *ad exhib. ;* — L, 9, § 1, ff. *de damno infect.*), après examen des faits avancés.

Dans les diverses hypothèses que nous venons de prévoir, l'examen *(causæ cognitio)* était fait tantôt par le magistrat lui-même, qui remettait les parties à revenir vers lui à un jour qu'il indiquait (*infrà*, § 184), tantôt par le juge, qui ne devait s'occuper de l'instance organisée pour l'exécution de l'interdit qu'après avoir vérifié les circonstances qui rendaient l'ordre ou

la défense conditionnels (M. Machelard, *Rev. crit.*, t. XXIV, p. 354).

§ 141. Nec tamen quum quid jusserit fieri, aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium; sed ad judicem recuperatoresve itur, et tum ibi editis formulis quæritur, an aliquid adversus prætoris edictum factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri jusserit; et modo cum pœna agitur, modo sine pœna: cum pœna, velut quum per sponsionem agitur; sine pœna, velut cum arbiter petitur. Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet: ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur; quæ arbitraria vocatur.

§ 141. L'affaire n'est cependant pas terminée aussitôt après qu'un interdit a été rendu; mais on est renvoyé devant un juge ou des récupérateurs, qui, en examinant les formules, décident si l'on a commis quelque fait contraire à l'édit du préteur, ou si l'on n'a pas obéi à ce qu'il ordonnait. Parfois l'action est pénale, d'autres fois elle ne l'est pas: quand on agit par *sponsion,* l'action est pénale; elle ne l'est pas quand on demande un arbitre. Dans les cas d'interdits prohibitoires, on agit toujours par *sponsion;* dans les cas d'interdits restitutoires et exhibitoires, on agit ou par *sponsion* ou par une formule arbitraire.

V. nos explications sous les §§ 161 et suiv.

§ 142. Principalis igitur divisio in eo est, quod aut prohibitoria sunt interdicta, aut restitutoria, aut exhibitoria.

§ 142. La principale division des interdits est donc celle qui reconnaît des interdits prohibitoires, restitutoires et exhibitoires.

Tous les interdits, envisagés sous le rapport de leur objet et sous celui des termes employés par le magistrat, se divisaient en *prohibitoires*, *restitutoires* et *exhibitoires*.

Les interdits *prohibitoires* étaient ceux par lesquels le magistrat défendait qu'on fît telle chose. Ils étaient *possessoires* ou *non possessoires*, suivant qu'ils avaient trait ou non à la possession.

Les interdits *prohibitoires possessoires* que les textes nous font connaître sont:

1° L'interdit *uti possidetis.* — Cet interdit ne concernait

que la possession des choses immobilières ; il était purement conservatoire et n'avait jamais pour objet la restitution d'une possession perdue (texte, 149 et 150 ; — L. 1, § 1, ff. *uti possid.*).

Il était accordé au profit de celle des parties qui, au moment du prononcé de l'interdit, possédait la chose *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario* (Paul, *Sentent.* v, 6, § 1 ; — texte, § 151).

La formule en était ainsi conçue : *Uti eas ædes quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis vim fieri veto* (L. 1, *pr.*, ff. *uti possidetis*) : « Pour que vous continuiez à posséder l'édifice » en litige comme vous le possédez sans violence, publique- » ment et sans précarité vis-à-vis de votre partie adverse, je » défends qu'on vous fasse violence. » — Il est bon de remarquer que les caractères de non-précarité, de non-violence et de publicité ne sont exigés que relativement à la partie adverse, et non d'une manière absolue. Cela résulte des mots *ab adversario* de la formule.

Des termes de la formule il résulte que le magistrat s'adressait aux deux parties à la fois, laissant au juge le soin de décider laquelle se trouvait avoir eu, au moment du prononcé de l'interdit, la possession telle qu'elle était requise. Cette formule donnait au juge, ainsi qu'on le verra plus bas, le droit de faire porter sa condamnation sur l'un ou sur l'autre des plaideurs, après qu'il avait reconnu lequel des deux s'était conformé à l'interdit.

L'interdit *uti possidetis* n'avait été introduit que pour protéger la possession correspondant au droit de propriété. La quasi-possession des servitudes personnelles et celle des servitudes réelles négatives était protégée par l'interdit *uti possidetis* utile ; celle des servitudes réelles affirmatives était secourue tantôt par l'interdit *uti possidetis* utile, tantôt par des interdits particuliers créés pour chacune d'elles (L. 20, ff. *de servitutibus ;* — *Fragm. Vatic.*, §§ 90 et 91 ; — L. 1, §§ 1 et 8, ff. *uti possid. ;* — L. 1, *pr.*, §§ 1 et 2, ff. *de superficiebus ;* — L. 1, *pr.*, ff. *de itinere actuque privato ;* — L. 1, ff. *de aquâ quotid. et æstivâ*).

L'interdit *uti possidetis* avait pour objet soit de déterminer

quelle était celle des parties qui devait jouer le rôle de défendeur au pétitoire (texte, § 148) ; — soit de faire réparer le dommage éprouvé par le trouble apporté à la possession, pourvu que ce trouble ne remontât pas à plus d'une année (L. 1, *pr.*, ff. *uti possid.*) ; — soit enfin de protéger le possesseur contre un trouble imminent (M. de Savigny, § 37, qui invoque, par analogie, la loi 2, § 18, ff. *ne quid in loc. publ.*, et la loi 7, *eod.*, *si serv. vindic.*). — *V.* ce qui est dit sous les §§ 153 et 155.

Cet interdit était *annal* (L. 1, *pr.*, *uti possid.*), c'est-à-dire qu'il ne permettait pas au juge de s'occuper d'un trouble remontant à plus d'une année antérieurement au prononcé de l'interdit (M. Machelard, *Rev. crit.*, t. xxv, p. 436).

2° L'interdit *utrubi.* — Il n'avait trait qu'à la possession des choses mobilières. Le magistrat protégeait, par cet interdit, non pas, comme dans le précédent, la possession actuelle, mais celle qui avait été la plus longue dans l'année antérieure à la contestation.

Voici quelle en était la formule : *Utrubi hic homo de quo agitur, majore parte hujusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto* (L. 1, ff. *utrubi*).

Sous les empereurs du Bas-Empire, la différence que nous venons de signaler entre l'*interdit utrubi* et l'interdit *uti possidetis* disparut complétement, et dans les deux on ne protégea plus que la possession existant au moment du prononcé de l'interdit (*Inst.*, *de interd.*, § 4).

3° L'interdit *de superficiebus.* — Cet interdit était, pour le cas auquel il s'appliquait, le même que l'interdit *uti possidetis* donné utilement (L. 1, ff. *de superfic.*).

4° Interdits *de itinere actuque privato.* — Leur but était de protéger, d'une part, l'usage du droit, d'autre part, les réparations à faire. Il ne s'appliquait qu'aux servitudes prédiales (L. 1, *pr.*, et § 1, ff. *de itinere actuque privato ;* — L. 3, §§ 11 et suiv., *ib.*).

Ce n'était pas la possession actuelle, mais la possession qu'on avait eue dans l'année, qui était protégée par ces interdits (L. 1, *pr.*, *de itinere actuque privato*).

5° Interdits *de aquâ quotidianâ et æstivâ.* — L'interdit *de aquâ quotidianâ* était accordé à celui qui, dans le cours de

la dernière année, avait usé de la conduite d'eau, *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario*. Il suffisait qu'on eût usé pendant un seul jour de l'aqueduc pour avoir droit à l'interdit (L. 1, §§ 1, 4, 22, 24 et 27, ff. *de aquâ quotid.*).

L'interdit *de aquâ æstivâ* protégeait la quasi-possession qu'on avait eue dans l'été qui précédait celui où l'on agissait. Par extension, on l'accordait utilement dans le cas où la conduite d'eau avait été exercée dans l'hiver, non dans l'été (L. 1, §§ 32-37, *eod.*).

6° L'interdit *de rivis*. —Il avait pour but d'interdire la violence vis-à-vis de celui qui réparait les conduits et les digues pour prendre de l'eau, comme il en avait pris pendant l'été précédent. Il n'était relatif qu'aux cours d'eau privés (L. 3, § 8, *de rivis*).

7° Les interdits *de fonte*. — L'un tendait à protéger le *jus aquæ hauriendæ*, et l'autre les réparations à faire (*L. unica*, ff. *de fonte*).

8° L'interdit *de cloacis*. — Son but était d'assurer le nettoiement, la réparation et la reconstruction des égouts particuliers (ff. *de cloacis*). — M. Bonjean fait remarquer que, dans la formule de cet interdit, on ne trouve pas les mots *nec vi, nec clam, nec precario*, quoiqu'il ne soit relatif qu'aux égouts particuliers : la raison en est, suivant cet auteur, qu'en dernière analyse l'intérêt public réclame le bon état des égouts privés, tout comme celui des égouts publics. Par le même motif, la dénonciation de nouvel œuvre ne faisait point obstacle à la continuation des travaux ; on pouvait seulement exiger la caution *damni infecti* de celui qui travaillait chez autrui.

9° L'interdit donné contre celui qui, ayant fait la dénonciation de nouvel œuvre, refusait d'accepter la caution que lui offrait son adversaire pour être autorisé à continuer les travaux (L. 20, § 10, *de oper. nov. nuntiat.*).

Les interdits *prohibitoires non possessoires* que les textes nous font connaître sont ceux :

1° *De mortuo inferendo*, dont le but était de protéger les inhumations (L. 1, *pr.*, ff. *de mortuo infer.*);

2° *De sepulcro ædificando*, qui avait pour objet d'empêcher la violence vis-à-vis de celui qui construisait un tombeau (L. 1, § 5, *eod.*) ;

3° *Ne quis in flumine publico navigare prohibeatur*, qui interdisait la violence contre celui qui naviguait sur un fleuve (ff. *ut in flumine publico navig.*);

4° *De ripâ muniendâ*, qui protégeait contre la violence ceux qui réparaient les rives des fleuves (ff. *de ripâ muniendâ*);

5° *De arboribus cædendis*, par lequel celui sur la propriété de qui s'avançaient des arbres était autorisé à les couper, s'ils s'étendaient sur une maison, et à les ébrancher jusqu'à 15 pieds du sol, s'ils empiétaient sur un champ (ff. *de arbor. cædendis*);

6° *De glande legendâ*, qui permettait au propriétaire d'un arbre duquel des fruits étaient tombés sur le fonds voisin, de les reprendre pendant trois jours (ff. *de glande legendâ*);

7° *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, par lequel le magistrat interdisait la violence contre ceux auxquels il avait accordé la possession des biens (L. 1, *pr.*, et § 3, ff. *ne vis fiat ei qui in possessione missus erit*). — Par une action *in factum*, le préteur atteignait le même résultat, et même un avantage plus grand dans certains cas, car cette action comprenait tous les genres d'opposition faite au *missus*, tandis que l'interdit n'était donné que contre les actes de violence;

8° *De aquâ ex castello*, qui avait pour objet de protéger ceux qui avaient une prise d'eau alimentée par un cours d'eau public (L. 1, § 38, *de aquâ quotid.*);

9° *De migrando*, qui protégeait le locataire d'une maison contre le bailleur s'opposant, sans fondement, à la sortie des lieux loués des meubles affectés au payement des loyers (ff. *de migrando*).

Les interdits *restitutoires* étaient ceux qui tendaient à la restitution d'une chose. Par *restituere* on entendait faire avoir à quelqu'un la possession qu'il n'avait jamais eue, aussi bien que lui faire *recouvrer* une possession perdue (*Instit.*, *de interd.*, § 1).

Dans cette classe nous trouvons :

1° Les interdits *adipiscendæ possessionis;*

2° Les interdits *recuperandæ possessionis;*

3° Les interdits *tàm adipiscendæ quàm recuperandæ possessionis* (§§ 154 et 155; — Justin., *Instit.*, *de interdictis*, ff. *de vi et de vi armatâ;* — C., *undè vi;* — Cic., *pro Cæcinâ; pro Tullio,* c. 29, 44, 45, 46; — L. 7, § 5, ff. *communi dividundo;*

ff. *de precario* ; — C., *eod.*). — *V.* Savigny, *De la possession*, § 41) ;

4° L'interdit *quod vi aut clam*, qui assurait un recours contre toutes les entreprises, voies de fait et usurpations accomplies par violence ou clandestinement sur le fonds d'autrui : il n'était relatif qu'aux choses immobilières (Cicér., *pro Tullio*, c. 53) ;

5° L'*interdit fraudatoire*, dont le but était de faire révoquer les actes accomplis par le débiteur en fraude de ses créanciers (L. 10, *pr.*, ff. *quæ in fraudem creditorum ;* L. 69, §§ 1 et 2, ff. *ad S.-C. Trebellianum ;* L. 96, *pr.*, *de solutionibus*). — *V.*, *suprà*, p. 509, ce que nous avons dit de cet interdit, en le rapprochant de l'action Paulienne ;

6° L'interdit accordé lorsqu'un bâtiment était tombé avant que la *cautio damni infecti* eût été fournie (L. 7, *in fine*, ff. *de damno infect.*). — *V.* p. 338 et 356 ;

7° L'interdit donné contre celui qui, malgré la défense du magistrat, avait porté un mort dans un lieu défendu (L. 1, ff. *de interd.*) ;

8° Celui qui ordonnait de rétablir dans leur ancien état les lieux publics, chemins ou lieux sacrés, à l'égard desquels on avait fait ce qui était défendu (ff. *ne quid in loco publico fiat*) ;

9° L'interdit qui ordonnait de détruire ce qui avait été fait au mépris de la prohibition qui interdisait la violation des sépulcres, ou d'empêcher la navigation sur un fleuve public ou sur sa rive (L. 1, §§ 19-22, *de fluminibus ;* L. 1, §§ 11-13, *ne quid in flumine*) ;

10° L'interdit compétant à celui que le magistrat avait envoyé en possession (L. 3, § 2, ff. *ne vis fiat ei qui in possessione*) ;

11° L'interdit *de cloacis*, qui était donné comme restitutoire à celui auquel on faisait la dénonciation de nouvel œuvre, lorsqu'il nettoyait ou réparait un égout, et qui avait pour objet, dans ce cas, de permettre la continuation des travaux, sans avoir égard à la dénonciation (L. 1, §§ 1 et 13, *de cloacis*) ;

12° Enfin, l'interdit tendant à faire détruire ce qui avait été construit contrairement à la dénonciation de nouvel œuvre était aussi restitutoire.

Parmi les interdits *exhibitoires*, qu'on appelait ainsi parce qu'ils contenaient l'ordre d'exhiber, nous connaissons :

1° L'interdit *de homine libero exhibendo*, qui avait pour objet de mettre obstacle à la détention d'un homme libre (ff. *de homine libero exhibendo*). — Cet interdit et les deux suivants différaient de l'action *ad exhibendum*, en ce que celle-ci n'avait trait qu'aux choses et aux esclaves, tandis que les interdits exhibitoires avaient pour objet l'exhibition des personnes libres;

2° L'interdit *de liberis exhibendis*, tendant à l'exhibition des enfants en puissance que le père de famille voulait se faire montrer, afin de pouvoir les revendiquer (ff. *de liber. exhib.*);

3° L'interdit *de liberto exhibendo*, accordé au patron qui voulait se faire représenter l'affranchi dont il exigeait les services qui avaient été la condition de l'affranchissement (L. 2, ff. *de interd.*);

4° L'interdit *de tabulis exhibendis*, dont le but était de faire exhiber les tables d'un testament qu'on prétendait avoir déposé entre les mains de quelqu'un (ff. *de tabulis exhib.*).

§ 143. Sequens in eo est divisio, quod vel adipiscendæ possessionis causa comparata sunt, vel retinendæ possessionis causa, vel recuperandæ.

§ 143. La seconde division reconnaît des interdits qui font obtenir la possession, d'autres qui nous maintiennent en possession, et d'autres qui la font recouvrer.

Les interdits possessoires étaient ceux qui avaient pour objet la possession, et qui tendaient soit à maintenir en possession, soit à la faire recouvrer, soit même à faire obtenir une possession qu'on n'avait jamais eue. C'est pourquoi on divisait cette classe d'interdits en interdits *adipiscendæ*, en interdits *retinendæ*, et enfin en interdits *recuperandæ possessionis*. Il en existait même quelques-uns qui avaient tantôt pour objet de faire acquérir la possession, tantôt pour objet de la faire recouvrer, et qui, à cause de cela, étaient appelés doubles (*infrà*, § 156). — *V.* les principes par nous développés sous les §§ 41 et suiv. du com. 2e, relativement à la possession.

Interdits *adipiscendæ possessionis*. — Les interdits *adipiscendæ possessionis* avaient pour objet de faire acquérir une possession qu'on n'avait jamais eue (L. 2, § 3, ff. *de interd.*):

tels étaient l'interdit *quorum bonorum*, le *possessorium*, le *sectorium*, le *salvianum*, ceux *quod legatorum* et *quo itinere*.

§ 144. Adipiscendæ possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, cujus principium est QUORUM BONORUM : ejusque vis et potestas hæc est, ut quod quisque ex his bonis quorum possessio alicui data est, pro hærede aut pro possessore possideret, id ei cui bonorum possessio data est, restituatur. Pro hærede autem possidere videtur tam is qui hæres est, quam is qui putat se hæredem esse; pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hæreditariam vel etiam totam hæreditatem, sciens ad se non pertinere, possidet. Ideo autem adipiscendæ possessionis vocatur, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem : itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei id interdictum utile esse.

§ 144. L'interdit qui fait acquérir la possession se donne au possesseur des biens, et commence par les mots *quorum bonorum*. Sa force est si puissante que, si l'on possédait comme héritier ou comme possesseur quelque objet compris dans des biens dont la possession est accordée à quelqu'un par cet interdit, on devrait le restituer à ce possesseur de biens. On regarde comme possédant en qualité d'héritier, l'héritier lui-même et celui qui se croit tel; on regarde comme possesseur celui qui possède sans cause une chose héréditaire ou toute une hérédité, sachant qu'il n'y a aucun droit. On dit que cet interdit tend à faire obtenir la possession, parce qu'il n'est utile qu'à celui qui s'efforce d'entrer en possession première; il serait inutile à celui qui aurait perdu une possession qu'il aurait eue.

Le préteur accordait l'interdit *quorum bonorum* au possesseur de biens, héritier ou non d'après le droit civil, pourvu qu'il eût réclamé la possession dans le délai qui lui était imparti.

L'interdit était donné contre celui qui possédait des objets corporels de l'hérédité, à titre d'héritier ou de possesseur. On considérait comme possédant à titre d'héritier, non-seulement celui qui croyait être héritier, mais encore le véritable héritier; et comme possesseur, celui qui, sans aucun droit, et sachant qu'elle ne lui appartenait pas, possédait une chose

héréditaire, et même l'hérédité entière. Mais si l'héritier civil, que le droit prétorien appelait aussi au premier rang, se trouvait, de fait, nanti des biens de la succession, il n'était pas dépossédé par celui qui avait obtenu l'interdit, qui n'était que possesseur *sine re* (com. 3, §§ 35-37).

Voici les termes de l'interdit : « *Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro hærede aut pro possessore possides, possideresve, si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo fecisti ut desineres possidere, id illi restituas* » (L. 2, *pr.*, ff. *quorum bonorum*).

De ce que cet interdit se donnait contre les mêmes personnes que la *possessoria hæreditatis petitio* (le possesseur *pro hærede*, ou *pro possessore*), M. de Savigny, § 35, conclut que ces deux moyens étaient parallèles pour arriver à un même résultat, l'interdit n'étant, d'après cet auteur, que l'origine de la pétition de l'hérédité prétorienne, et n'en différant aucunement, d'après le droit de Justinien (L. 3, C., *quor. bonor.*). Faisons observer toutefois que la *petitio hæreditatis possessoria* et l'interdit *quorum bonorum* différaient en ce que par la *petitio* on obtenait les choses incorporelles comme les choses corporelles, tandis que l'interdit n'était relatif qu'aux choses corporelles. L'interdit produisait, en outre, un effet qui lui était propre : c'était de procurer au possesseur prétorien la possession avec tous ses avantages, notamment celui de jouer le rôle de défendeur contre la pétition d'hérédité intentée par les héritiers (*eod.*).

Ajoutons qu'au temps de Gaïus, l'interdit *quorum bonorum* compétait même contre le véritable héritier, à la différence de la *possessoria hæreditatis petitio,* qui n'était accordée qu'à la personne appelée soit à l'hérédité civile, soit à la succession prétorienne (texte, *hic*).

Quand Justinien eut supprimé toute distinction entre l'hérédité civile et l'hérédité prétorienne, il n'y eut plus de pétition d'hérédité possessoire, tandis que l'interdit *quorum bonorum* fut maintenu, avec cette modification toutefois qu'il ne fut plus donné que contre celui qui se croyait héritier sans l'être, puisque tout héritier était par cela même *bonorum possessor*, et réciproquement : ce qui amena la suppression des possessions de biens *sine re* (Du Caurroy, *Inst. expl.*, nº 1357).

§ 145. Bonorum quoque emptori similiter proponitur interdictum, quod quidam possessorium vocant.

§ 145. On accorde aussi à l'acheteur de biens un interdit semblable, appelé par quelques auteurs interdit *possessorium*.

Interdit *possessorium*. — Quand une personne se portait *emptor bonorum*, c'est-à-dire adjudicataire de l'ensemble des biens d'un débiteur insolvable, elle était assimilée à un successeur. Cette adjudication lui conférait le domaine *in bonis*, et lui permettait d'arriver par l'usucapion au domaine quiritaire. L'interdit *possessorium* avait pour objet de lui faire acquérir la possession nécessaire à l'usucapion (texte, 3, §§ 77-81). — L'action publicienne ne pouvait compéter à l'*emptor*, parce qu'elle n'était donnée qu'à celui qui avait perdu une possession qu'il avait.

§ 146. Item ei qui publica bona emerit, ejusdem conditionis interdictum proponitur; quod appellatur sectorium, quod sectores vocantur qui publica bona mercantur.

§ 146. On accorde un interdit semblable à l'acheteur de biens publics; on l'appelle interdit des enchérisseurs, parce que les acheteurs de biens publics sont nommés enchérisseurs.

Interdit *sectorium*. — Cet interdit était pour l'acheteur de biens publics ce que le précédent était pour l'acheteur des biens d'un particulier (C. 3, § 80).

§ 147. Interdictum quoque, quod appellatur salvianum, adipiscendæ possessionis *causa* comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.

§ 147. L'interdit salvien sert aussi à acquérir la possession, et le maître l'emploie à l'égard des objets que son colon avait promis de placer sur le fonds comme gage du prix de location.

Interdit *salvien*. — L'objet de cet interdit était de faire obtenir au bailleur d'un fonds rural la possession des objets que le fermier avait affectés au payement des fermages. Il ne s'employait qu'à l'effet de faire avoir au propriétaire une possession qu'il n'avait jamais eue, relativement à son gage (ff. *de salviano interd.*).

Nous avons parlé, *suprà*, p. 509, de l'action servienne, qui compétait également au bailleur d'un fonds rural, à l'effet de poursuivre les objets affectés à la sûreté des fermages ; elle différait de l'interdit en ce qu'elle compétait au bailleur, soit que le preneur n'eût pas encore apporté dans la ferme les choses qu'il avait promis d'y placer, soit qu'il les en eût enlevées après les y avoir mises, tandis que l'interdit n'aurait pu être invoqué dans ce dernier cas. — Le maintien de l'interdit après la création de l'action servienne s'explique par cette raison que la procédure en était plus facile.

L'interdit *quod legatorum* avait pour but de faire mettre l'héritier en possession des objets que le légataire avait pris à titre de legs, sans la participation du premier (ff. *quod legat.*).

L'interdit *quo itinere* assurait à l'acheteur la quasi-possession des servitudes que le vendeur avait possédées au profit de son fonds. Il était utile en ce que l'acheteur, ne continuant pas la possession de son auteur, ne pouvait invoquer l'interdit *retinendæ possessionis*, *de itinere actuque privato* (L. 2, § 3, *de interd.*).

§ 148. Retinendæ possessionis causa solet interdictum reddi, quum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est, et ante quæritur uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat : cujus rei gratia comparata sunt UTI POSSIDETIS et UTRUBI.

§ 148. Les interdits qui maintiennent en possession sont rendus lorsqu'il y a controverse sur la propriété d'une chose, et qu'on demande préalablement quel est des contendants celui qui doit posséder, et quel est celui qui doit être demandeur : tels sont les interdits *uti possidetis* et *utrubi*.

Interdits *retinendæ possessionis*. — Leur but était de protéger le possesseur actuel contre des empiétements exercés avec violence sur sa possession (L. 1, § 4, ff. *uti possidetis*).

Il pouvait y avoir lieu à leur application dans trois cas :

1° Lorsque le possesseur avait éprouvé un dommage dont il poursuivait la réparation ;

2° Lorsque le possesseur voulait se faire protéger contre un trouble imminent ;

3° Enfin, lorsqu'il y avait contestation sur la question de

savoir laquelle des parties jouerait le rôle de défendeur dans le procès au pétitoire (Savigny, *Traité de la possession*, § 37; — Bonjean, *Traité des actions*, § 337).

§ 149. Et quidem UTI POSSIDETIS interdictum de fundi vel ædium possessione redditur, UTRUBI vero de rerum mobilium possessione.

§ 149. L'interdit *uti possidetis* est rendu touchant la possession d'un fonds ou d'un édifice; l'interdit *utrubi*, relativement à la possession des choses mobilières.

§ 150. Et si quidem de fundo vel ædibus interdicitur, eum potiorem esse prætor jubet, qui eo tempore quo interdictum redditur, nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possideat; si vero de re mobili, eum potiorem esse jubet, qui majore parte ejus anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidet: idque satis ipsis verbis interdictorum significatur.

§ 150. Dans le cas d'un interdit touchant la possession d'un fonds ou d'un édifice, le préteur maintient en possession celui qui, au temps de l'interdit, possède, à l'égard de son adversaire, sans violence, ouvertement, et à titre non précaire; quand l'interdit est relatif à des choses mobilières, le préteur maintient en possession celui qui, pendant la majeure partie de l'année qui a précédé la prononciation de l'interdit, a possédé, à l'égard de son adversaire, sans violence, ouvertement, et à titre non précaire: cela ressort assez clairement des termes mêmes des interdits.

§ 151. At in UTRUBI interdicto non solum sua cuique possessio prodest, sed etiam alterius, quam justum est ei accedere: velut ejus cui hæres exstiterit, ejusque a quo emerit, vel ex donatione acceperit. Itaque si nostræ possessioni juncta alterius justa possessio exsuperat adversarii possessionem, nos eo interdicto vincimus: nullam autem propriam posses-

§ 151. Dans l'interdit *utrubi*, ce n'est pas notre seule possession qui nous sert, mais encore celle d'autrui, s'il est juste qu'elle nous soit comptée, par exemple celle de celui dont on est héritier, celle du vendeur ou du donateur. Si donc cette juste possession d'autrui, jointe à la nôtre, est plus étendue que celle de notre adversaire, l'interdit nous est profitable.

sionem habenti accessio temporis non datur, nec dari potest; nam ei, quod nullum est, nihil accedere potest. Sed et si vitiosam habeat possessionem, id est, aut vi, aut clam, aut precario ab adversario acquisitam, *non datur; nam ei possessio* sua nihil prodest.

Celui qui n'a point possédé personnellement ne profite pas et ne peut pas profiter de la possession d'autrui, car rien ne peut se joindre accessoirement à ce qui n'est pas. Alors même qu'on aurait possédé personnellement, si cette possession était vicieuse, c'est-à-dire acquise, à l'égard de notre adversaire, par violence, clandestinement ou à titre précaire, la possession d'autrui ne pourrait pas nous être comptée, car notre propre possession serait nulle.

§ 152. Annus autem retrorsus numeratur : itaque si tu, verbi gratia, anni mensibus posséderis prioribus V, et ego VII posterioribus, ego potior ero. . . . . mensium possessionis. . . . tibi in hoc interdicto. . . . . an*ni* possessione*m*.

§ 152. L'année se compte en reculant. Si donc vous avez possédé pendant les cinq premiers mois de l'année, et que j'aie possédé pendant les sept derniers, je vous serai préféré.

§ 153. Possid*e*re autem videmur, non solum si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessionem sit, licet is nostro juri subjectus non sit, qualis et colonus et inquilinus. Per eos quoque apud quos deposuerimus, aut quibus commodaverimus, aut quibus gratuitam habitationem *con*stituerimus, ipsi possidere videbimur : et hoc est, quod vulgo dicitur, retineri possessionem posse per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessione. Quinetiam plerique putant, animo *quoque retineri* possessionem nostro-

§ 153. Nous possédons non-seulement par nous-mêmes, mais encore par quiconque possède en notre nom, quoiqu'il ne soit pas soumis à notre pouvoir, comme notre colon et notre locataire. Nous possédons également par nos dépositaires, nos commodataires et ceux auxquels nous avons concédé une habitation gratuite. C'est pourquoi on dit vulgairement qu'on conserve la possession par toute personne qui possède en notre nom. Bien plus, la plupart des auteurs pensent qu'on conserve la possession par l'intention seule de pos-

rum. . . . . quoniam *possidemus* animo solo, quum volumus. . . . retinere *possessionem* videamur : adipisci *vero possessionem per* quos *possimus*, secundo commentario retulimus : nec ulla dubitatio est, quin animo *sibi adipisci possessionem nemo possit*.

séder encore...; puisque nous possédons par l'intention, quand nous voulons, nous pouvons ainsi retenir la possession. Nous avons exposé au deuxième commentaire par quelles personnes nous pouvons acquérir la possession : il est certain que l'intention seule ne peut pas nous acquérir la possession.

On n'accordait les interdits *retinendæ possessionis* qu'à celui qui avait été troublé ou dépossédé par violence, et qu'autant que cette violence ne lui avait pas fait perdre la possession juridique. Ils n'étaient donnés que contre celui qui prétendait une possession actuelle (L. 1, *pr.;* — L. 3, §§ 2-4, ff. *uti possidetis;* — L. 1, §§ 5-7 ; — L. 20, *pr.*, et § 1, ff. *quod vi aut clam*, et L. 73, § 2, ff. *de regulis juris;* — L. 2, ff. *uti possidetis ;* — L. 1, § 45, ff. *de vi et vi armatâ*).

Il suffisait, du reste, que sa possession ne fût pas vicieuse *ab adversario* pour qu'on protégeât le possesseur par un interdit *retinendæ possessionis*, alors même qu'elle eût été injuste ou vicieuse vis-à-vis de tous autres (LL. 1, *pr.*, et § 9 ; 2 et 3, *pr.*, ff. *uti possidetis;* — L. 53, ff. *de possessione;* — *Instit.*, *de interdictis*, § 4; — L. 17, ff. *de precario* ; — Savigny, § 38). — Si la possession était reconnue vicieuse *ab adversario,* au profit de l'une des parties, l'autre devait triompher, bien qu'elle n'eût pas la possession au temps de l'interdit, car le droit qu'elle avait de se faire restituer la chose, la faisait considérer comme si elle la possédait en réalité (L. 17, *pr.*, ff. *de adq. possess.*).

Nous avons examiné en détail, *suprà*, § 142, tous les interdits *retinendæ possessionis* qui nous sont connus. Nous aurons à y revenir plus bas, au sujet de la procédure à laquelle ils donnaient lieu.

§ 154. Recuperandæ possessionis causa solet interdictum dari, si quis vi dejectus sit ; nam ei proponitur inter-

§ 154. On donne l'interdit tendant à recouvrer la possession, à celui qui a été évincé par la violence ; cet

dictum, cujus principium *est:* UNDE TU ILLUM VI DEJECISTI. Per quod is qui dejicit, cogitur ei restituere rei possessionem, si modo is qui dejectus est, nec vi, nec clam, nec precario possidebat *adversus alterum*. Quod si autem vi aut clam, aut precario possederit, *impune dejicitur*.

interdit commence ainsi : *Unde tu illum vi dejecisti.* Celui qui a évincé est forcé, par cet interdit, à restituer la possession de la chose, à moins que celui qui a été évincé ne possédât, à l'égard de l'auteur de l'éviction, par violence, clandestinement ou à titre précaire. S'il se trouvait dans ce dernier cas, on l'a évincé impunément.

Interdits *recuperandæ possessionis.* — Au moyen de ces interdits, le préteur faisait recouvrer la possession à ceux qui l'avaient perdue par l'effet d'une expulsion violente ou par une autre cause indépendante de leur volonté (ff. *de vi aut vi armatâ;* — L. 7, § 5, ff. *comm. divid.;* — ff. *de precario*).

§ 155. Interdum tamen *prætor me ei quem dejecero, quanquam* vi aut clam, aut precario possideret, cogeret restituere possessionem, velut si armis eum vi dejecerim; nam prætor. . . . . omni modo.

§ 155. Quelquefois, cependant, le préteur m'oblige à restituer la possession à celui que j'ai évincé, quoiqu'il possédât, à mon égard, par violence, clandestinement ou à titre précaire, quand, par exemple, je l'ai évincé avec des armes, car le préteur. . . . . (*Quelques lignes sont illisibles en cet endroit du manuscrit.*)

1° Interdit *undè vi.* — L'interdit *undè vi* tendait à faire recouvrer la possession à celui qui avait été évincé d'un immeuble par la violence ou par la crainte d'un mal présent (texte, § 154; — L. 9, ff. *quod metûs causâ*). A la différence de l'interdit *uti possidetis*, qui ne se donnait que contre le possesseur actuel, il pouvait être obtenu contre celui qui, après avoir usé de violence pour prendre la possession, avait cessé de posséder (L. 1, § 42, ff. *de vi*). Au temps de Gaïus, il n'était accordé qu'au possesseur évincé, dont la possession n'était ni violente, ni clandestine, ni précaire *ab adversario*, sauf l'hypothèse où l'évincé aurait été expulsé par une violence à main armée, auquel cas il avait l'interdit, nonobstant le vice de sa possession.

Justinien ne fit plus de distinction et voulut qu'on restituât la possession à l'évincé, quoiqu'il l'eût lui-même enlevée (même à main armée), ou surprise à son adversaire, ou obtenue de lui *precario* (*Inst.*, *de interd.*, § 6).

Observons, du reste, que celui qui usait de violence, même à main armée, pour repousser une agression violente, était considéré comme en état de légitime défense pour conserver sa possession, et n'était pas soumis à la règle qui précède. Ce n'était qu'autant qu'on avait laissé écouler un certain temps entre la reprise de possession par la violence et l'éviction qu'on était passible des conséquences de l'interdit (L. 17, *de vi et vi armatâ*, et L. 3, § 9, *ib.*).

Ceux que la violence ou la crainte portaient à livrer eux-mêmes la possession ne jouissaient pas du bénéfice de cet interdit. Ils étaient protégés par l'action *quod metûs causâ* (L. 14, ff. *quod metûs causâ*, et le tit. *de vi et vi armatâ*, au D.).

L'interdit *undè vi* était spécial aux immeubles. Les actions *furti*, *vi bonorum raptorum* et *ad exhibendum* paraissaient suffisantes pour protéger la possession des meubles. L'interdit *utrubi* servait également, à cet effet, à celui qui avait possédé *major pars anni*, ou même sans cette condition, quand il était dirigé contre l'auteur de la violence; car ce dernier ne pouvait pas invoquer une possession qui était vicieuse *ab adversario* (L. 1, § 6, ff. *de vi et vi armatâ;* — Bonjean, § 347). — V. *suprà*, sous le § 142.

Toutefois, quand le possesseur évincé d'un meuble ne pouvait pas invoquer un droit réel sur cet objet ou tout autre droit que celui de possession, et qu'il n'était pas dans les conditions de l'interdit *utrubi* (ce qui arriva toujours nécessairement quand, pour cet interdit, la possession actuelle fut exigée), ce possesseur était privé de tout moyen d'action pour ravoir sa chose, puisque les trois actions que nous avons mentionnées ne protégeaient pas la possession du simple possesseur. Pour échapper à cette conséquence, M. de Savigny suppose qu'on étendit aux meubles l'interdit *undè vi;* mais cette conjecture ne repose sur aucun texte, et nous ne saurions l'admettre.

Pour avoir droit à l'interdit *undè vi*, il était nécessaire d'avoir eu la possession juridique à l'époque de l'éviction (LL. 1,

§§ 9, 10 et 23, ff. *de vi et vi armatâ;* — 4, § 28, ff. *de usurpationibus*). — *V.* cependant Cic., *pro Cæcinâ*, qui suppose que cette possession juridique n'était pas nécessaire. On répond toutefois d'une manière satisfaisante à l'argument tiré de Cicéron, en disant que cet orateur soutenait cette thèse comme avocat, et non comme jurisconsulte (Bonjean, t. II, p. 414, note 1).

Il fallait avoir perdu la possession par la violence : il n'aurait pas suffi d'un simple trouble, car les interdits *retinendæ possessionis* protégeaient le trouble (L. 1, § 45, ff. *de vi et vi armatâ*). — *V.* §§ 142 et 153.

On distinguait deux sortes de violences : la violence ordinaire (*quotidiana*) et la violence armée.

Il y avait violence à main armée ou publique toutes les fois qu'elle avait eu lieu non-seulement avec des glaives, mais encore avec des bâtons ou des pierres (*Institutes*, *de interdictis*, § 6). Toute autre violence était dite ordinaire ou privée.

L'utilité de cette distinction se faisait sentir au temps de Gaïus relativement au possesseur qui possédait *clam, vi aut precario ab adversario*, et qui ne pouvait obtenir l'interdit, quoique expulsé par violence, à moins que cette violence n'eût eu lieu à main armée.

Au temps de Justinien, cette distinction n'était plus d'aucune application eu égard à l'interdit, mais elle était utile quant à la peine dont était passible l'auteur de la violence (ff. *ad legem Juliam, de vi publicâ; ad legem Juliam, de vi privatâ;*—*Institutes*, *de publicis judiciis*, § 8). — La peine encourue pour le cas de violence à main armée était, d'après la loi Julia, la déportation; celle qu'on appliquait contre la violence privée était la confiscation du tiers des biens.

Il était nécessaire, pour qu'il y eût lieu à l'interdit, que la violence eût été *atrox*, c'est-à-dire assez grave pour empêcher la continuation de la possession. Il fallait, en outre, qu'elle eût été dirigée contre la personne du possesseur ou contre celui qui possédait pour lui, son esclave, son colon ou son *procurator*. La violence contre les biens n'aurait pas suffi (L. 1, §§ 3, 22 et 29, et L. 20, ff. *de vi et vi armatâ*).

La violence devait être le fait du défendeur lui-même ou

des siens, ou tout au moins fallait-il qu'elle eût eu lieu par son ordre ou à son instigation (Cic., *pro Tullio*, c. 24, 29, 30 et 36).

L'interdit *undè vi* était annal, c'est-à-dire qu'il devait s'exercer dans l'année qui suivait l'événement qui y avait donné naissance, sauf le cas d'expulsion à main armée et celui de violence exercée non sur le possesseur lui-même, mais sur ses gens (Cic., *ad familiam;* — L. 1, C., *si per vim;* L. 1, ff. *de vi et vi armatâ;* L. 7, § 5, ff. *communi dividundo*).

Du reste, il se donnait toujours après l'année, jusqu'à concurrence du profit que le défendeur avait tiré de la chose (L. 1, ff. *de vi et vi armatâ*, §§ 31-42).

L'effet de cet interdit était double : il amenait la réintégration de l'évincé dans sa possession, et donnait lieu à une indemnité pour le dommage éprouvé (*eod.*) : d'abord pour tous les fruits dont il avait été privé depuis son expulsion (*eod.*, § 40); en second lieu, pour toute chose qui, placée sur l'immeuble, aurait péri ou diminué de valeur, même par cas fortuit (*eod.*, § 34); en troisième lieu, même pour le préjudice résultant de l'interruption de possession subie par le *dejectus* (L. 5, ff. *de usurp.*). — A ces différents points de vue, il était plus avantageux que l'interdit *uti possidetis*, qui n'avait pour objet que la réparation du dommage éprouvé depuis le prononcé de l'interdit, quant aux fruits, et que la valeur de la possession, laissant de côté toute indemnité pour perte par cas fortuit et pour interruption de possession (L. 3, § 11, ff. *uti possid.*). — *V.* M. Machelard, *Rev. critiq.*, t. XXV, p. 440. — En ce qui concerne le dommage antérieur à l'émission de l'interdit *uti possidetis,* cet auteur enseigne, après M. de Savigny, § 37, que le juge devait en tenir compte, pourvu qu'il ne remontât pas à plus d'une année. Ce point est toutefois contredit par Schmidt, *das Interdikt*, p. 53 et suiv., comme contraire : 1° à la nature des interdits prohibitoires, qui ne statuaient que pour l'avenir ; 2° à ce que, relativement aux fruits, ils n'étaient accordés à la partie qui triomphait qu à partir de l'émission de l'interdit ; 3° enfin aux textes, desquels il résulte qu'un interdit restitutoire était accordé pour le passé, à côté de certains interdits prohibitoires (L. 1, § 12,

ff. *ne quid in flum.*). — Dans ce système, la partie qui avait obtenu gain de cause par l'interdit *uti possidetis* pouvait recourir à un interdit restitutoire pour le dommage qu'elle avait éprouvé avant l'émission du premier. Elle avait au moins la ressource d'une action *in factum*, sous le système formulaire. — *V.* ce qui est dit sous les §§ 142 et 148.

2° Interdit *de clandestinâ possessione.* — L'objet de cet interdit était de faire recouvrer la possession à celui dont la chose était possédée clandestinement. On n'en peut concevoir l'utilité qu'en se reportant à l'époque où le principe que la possession ne se perd pas par l'occupation clandestine d'un tiers n'avait point encore prévalu, car autrement, si on suppose que la possession s'est conservée, il n'est pas besoin d'un interdit *recuperandæ possessionis*, mais bien plutôt d'un interdit *retinendæ.* On ne peut échapper à cette explication qu'en supposant que cet interdit était relatif aux meubles comme aux immeubles, et qu'en conséquence il était utile, pour faire recouvrer la possession d'un meuble, qu'un tiers possédât clandestinement, ce qui suffisait pour que le maître eût cessé de le posséder. Mais nous ne saurions nous ranger à ce dernier avis : 1° parce qu'à l'égard des meubles, les actions et l'interdit *utrubi* protégeaient suffisamment la possession; 2° parce que, si cet interdit eût concerné les meubles, il aurait survécu à la règle qui déclare que la possession des immeubles se conserve jusqu'à ce qu'on ait connaissance de leur occupation par un tiers, règle qui est étrangère aux meubles (Bonjean, § 348).

3° Interdit *de precario.* — Cet interdit assurait au bailleur d'un précaire, au cas de refus de restitution du preneur, quand le premier manifestait la volonté de reprendre sa chose, la rentrée dans la possession qu'il avait concédée précairement.

Né à l'occasion de l'*ager publicus*, dont les patriciens abandonnaient la jouissance à leurs clients, le contrat de précaire ne produisait pas d'action, à cause des rapports de vassalité qui existaient entre le patron et le client. C'est probablement à ce motif qu'est due l'introduction de l'interdit *de precario*, accordé à l'instar des actions *in factum*, que le magistrat donnait aux enfants de famille contre leurs pères, et réciproquement.

Dans le principe, cet interdit n'était relatif qu'aux immeubles ; il fut ensuite appliqué aux meubles, après avoir été auparavant étendu de l'*ager publicus* à l'*ager privatus* (L. 4, § 1, ff. *de precario*).

§ 156. Tertia divisio interdictorum in hoc *est*, *quod aut* simplicia sunt, aut duplicia.

§ 156. La troisième division des interdits comprend des interdits simples et des interdits doubles.

Interdits *tàm recuperandæ quàm adipiscendæ possessionis.* — Certains interdits avaient un double objet : tantôt ils étaient accordés à celui qui voulait obtenir une possession qu'il n'avait jamais eue, tantôt, au contraire, à celui qui voulait recouvrer une possession perdue.

Tels étaient : les interdits *quem fundum* et *quam hæreditatem*, dont un fragment d'Ulpien, récemment découvert à Vienne, explique parfaitement la portée : « *Sunt etiam inter-* » *dicta tàm adipiscendæ quàm recuperandæ possessionis;* » *qualia sunt interdicta* QUEM FUNDUM *et* QUAM HÆREDITATEM ; » *nam si fundum vel hæreditatem ab aliquo petam, nec lis* » *defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive* » *nunquam possedi, sive antea possedi, deinde amisi posses-* » *sionem.* »

Les mots *nec lis defendatur*, employés par le jurisconsulte, font allusion au cas où le possesseur au pétitoire refusait de fournir la caution *judicatum solvi*, ce qui le faisait considérer comme désertant le litige et l'obligeait à laisser au demandeur la possession de la chose litigieuse. Celui-ci devenait ainsi défendeur au procès. Il faut bien remarquer que cette circonstance du refus de la caution est indiquée par Ulpien comme indispensable pour que l'interdit fût accordé. C'était l'interdit *quem fundum* ou celui *quam hæreditatem* qui assurait cette restitution de possession.

La nature et le but de ces interdits les avaient fait distinguer, sous le nom d'interdits doubles, des autres interdits, qu'on appelait simples. Sous Justinien, ils étaient tombés en désuétude.

§ 157. Simplicia *sunt*, velut in quibus alter actor, alter

§ 157. Sont simples les interdits où l'une des parties

reus est, qualia sunt omnia restitutoria *aut* exhibitoria; nam actor est qui desiderat aut exhiberi aut restitui; reus is est a quo desideratur, ut exhibeat aut restituat.

est demandeur, l'autre défendeur : tels sont tous les interdits restitutoires et exhibitoires; est demandeur celui qui veut que l'autre exhibe ou restitue; est défendeur celui qu'on veut faire restituer ou exhiber.

§ 158. Prohibitoriorum autem interdictorum interdum alia duplicia, alia simplicia sunt.

§ 158. Parmi les interdits prohibitoires, les uns sont simples, les autres sont doubles.

La qualification d'interdits *simples* ou *doubles* était donnée dans un autre sens, qu'il importe d'autant plus d'exposer que la procédure à laquelle les uns donnaient lieu n'était pas la même que celle qui était suivie relativement aux autres.

§ 159. Simplicia sunt quibus prohibet prætor in loco sacro aut in flumine publico ripave ejus aliquid facere reum; nam actor est qui desiderat ne quid fiat, reus is qui aliquid facere conatur.

§ 159. Sont simples ceux par lesquels le préteur défend de rien faire dans un lieu sacré, dans un fleuve public ou sur sa rive; dans ce cas, le demandeur est celui qui veut qu'on ne fasse rien, le défendeur est celui qui veut faire quelque chose.

Étaient simples, nous dit Gaïus, les interdits où l'une des parties jouait le rôle de demandeur, et l'autre celui de défendeur : tels étaient tous les interdits restitutoires et exhibitoires. Était demandeur celui des contendants qui voulait que l'autre exhibât ou restituât; était défendeur celui qu'on voulait forcer à exhiber ou à restituer.

§ 160. Duplicia sunt velut UTI POSSIDETIS interdictum et UTRUBI. Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatori in his conditio est, nec quisquam præcipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam

§ 160. Sont doubles les interdits *uti possidetis* et *utrubi*. On les appelle ainsi parce que chaque contendant est à la fois, relativement à leur exercice, demandeur et défendeur. Le préteur parle à chacun dans les mêmes termes, car telle

actoris partes sustinet; quippe prætor pari sermone cum utroque loquitur; nam summa conceptio eorum interdictorum hæc est : UTI NUNC POSSIDETIS, QUOMINUS ITA POSSIDEATIS, VIM FIERI VETO. Item alterius : UTRUBI HIC HOMO, DE QUO AGITUR, APUD QUEM MAJORE PARTE HUJUS ANNI FUIT, QUOMINUS IS EUM DUCAT, VIM FIERI VETO.

est la rédaction de ces interdits : POUR QUE VOUS CONTINUIEZ A POSSÉDER COMME VOUS POSSÉDEZ MAINTENANT, JE DÉFENDS QU'ON VOUS FASSE VIOLENCE ; — POUR QUE CET ESCLAVE DONT IL EST QUESTION SOIT CONDUIT PAR CELUI CHEZ LEQUEL IL EST DEMEURÉ LA MAJEURE PARTIE DE L'ANNÉE, JE DÉFENDS QU'ON FASSE VIOLENCE.

Étaient doubles les interdits où chacun des plaideurs était à la fois pareillement demandeur et défendeur. Tels étaient l'interdit *uti possidetis* et l'interdit *utrubi*. Il ne faudrait pas croire, toutefois, que ces interdits fussent les seuls dans lesquels les deux parties étaient à la fois demandeur et défendeur, car Gaïus ne les met dans la classe des interdits doubles que comme exemples, et le titre *de superficiebus*, au Digeste, range l'interdit *de superficiebus* dans cette classe.

Dans les interdits simples, l'une des parties seulement courait la chance d'une condamnation; dans les interdits doubles, au contraire, il pouvait y avoir lieu à condamnation ou à absolution pour les deux, puisqu'elles jouaient également le rôle de défendeur.

§ 161. Expositis generibus interdictorum, sequitur ut de ordine et de exitu eorum dispiciamus : et incipiamus a simplicibus.

§ 161. Après avoir exposé les divers genres d'interdits, nous devons parler de leur marche et de leur issue. Commençons par les interdits simples.

Procédure en matière d'interdits. — En matière d'interdits, comme dans les actions proprement dites, il pouvait se faire que la contestation se terminât devant le magistrat, soit qu'on obéît à l'ordre ou à la défense qu'il avait porté, soit qu'il eût été dispensé de prononcer cet ordre ou cette défense, parce que les parties étaient tombées d'accord en sa présence, ou parce que les faits de la cause ne lui paraissaient pas justifier cette mesure (L. 6, § 2, ff. *de confessis;* L. 1, § 1, ff. *de tabulis exhibendis*).

§ 162. Igitur *quum* restitutorium vel exhibitorium interdictum redditur, velut ut restituatur possessio ei qui dejectus est, aut exhibeatur libertus cui patronus operas indicere vult, modo sine periculo res ad exitum perducitur, modo cum periculo.

§ 162. Lorsque le préteur prononce un interdit restitutoire ou exhibitoire, comme pour faire rendre la possession à celui qui a été évincé, ou pour faire exhiber un affranchi auquel son patron veut réclamer ses travaux, tantôt la chose est amenée à fin sans péril, tantôt avec péril.

Mais la contestation n'était pas toujours terminée par cela seul que le préteur avait ordonné ou défendu tel fait; car, de même qu'il pouvait se faire que les parties se soumissent à l'ordre ou à la défense du magistrat, auquel cas il n'était pas nécessaire de recourir à un juge, de même il arrivait souvent qu'elles ne s'y soumettaient pas; et alors il y avait nécessité de nommer un juge.

§ 163. Namque si arbitrum postulaverit is cum quo agitur, accipit formulam quæ appellatur arbitraria; nam judicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debebit, sine *pœna* exhibet vel restituit, et ita absolvitur: quod si nec restituat, neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur; sed actor sine pœna experitur cum eo qui neque exhibere, neque restituere quidquam offert, *ni*si calumniæ judicium ei oppositum fuerit; derisa *est enim nunc sententia*, *quæ scholæ diversæ erat et* prævaluit interdum, calumniæ judicio *non in illis judiciis ex parte rei locum esse*, quasi hoc ipso confessus videatur, *restituere se* vel exhibere debere; sed alio jure utimur, et recte; *nam* et si *altera sententia* prudentior *esset*,

§ 163. Car, si le défendeur a demandé un arbitre, on lui donne une action arbitraire; et si, d'après l'arbitrage du juge, il doit restituer ou exhiber quelque chose, il exhibe cette chose ou la restitue sans être condamné à une peine, et, par là, il est absous; s'il n'exhibe pas ou ne restitue pas la chose, il est condamné à en payer l'estimation. Mais le demandeur agit aussi sans risque d'une peine contre celui qui n'a pas à exhiber ou à restituer, à moins que l'action de calomnie ne lui ait été opposée; car, de nos jours, on a abandonné l'opinion des proculéiens, qui avait prévalu quelquefois, et qui voulait que l'action de calomnie ne pût être opposée par le défendeur dans ces instances,

tamen et arbitrum quisque *posse statuere quoque in actorem putat.*

parce que, disaient-ils, dans le cas où le défendeur demandait un arbitre, il reconnaissait implicitement devoir exhiber, ou restituer. Mais nous usons d'un autre droit, et c'est avec raison, car si l'opinion contraire était plus prudente, chacun pense que l'arbitre peut statuer contre le demandeur, aussi bien que contre son adversaire.

Si l'interdit était restitutoire ou exhibitoire, chacune des parties pouvait demander un arbitre et obtenir une formule arbitraire, pourvu qu'il la réclamât avant de quitter le prétoire. — Cette formule avait l'avantage pour le défendeur, qu'il ne courait le risque d'aucune peine, s'il perdait son procès, car il n'avait qu'à exhiber ou à restituer pour être absous, et il n'était condamné qu'au montant du litige, en cas d'inexécution du *jussus*. — Elle offrait aussi au demandeur l'avantage de n'encourir aucune peine, à moins que son adversaire ne lui opposât l'action de calomnie, qui était pénale (*infrà*, § 175).

§ 164. Observare debet is qui volet arbitrum petere, ut ita eum petat, antequam ex jure exeat, id est, antequam a prætore discedat : sero enim petentibus non indulgebitur.

§ 164. Celui qui veut obtenir un arbitre doit le demander tant qu'il est *in jure*, c'est-à-dire devant le préteur ; on ne l'accorderait pas à ceux qui le demanderaient plus tard.

Procédure des interdits simples. — Si, avant de sortir de la présence du magistrat, l'un des plaideurs avait demandé un arbitre, celui-ci, au moyen de l'*arbitrium* ou *jussus*, qu'il avait le droit de prononcer, comme dans les actions arbitraires, estimait *quanti ea res erat*, toutes les fois qu'il était constaté à ses yeux que le défendeur avait commis le fait contraire aux prescriptions du magistrat, et portait, pour le cas d'inexécution du *jussus*, une condamnation équivalente à l'intérêt que le demandeur avait à ce qu'il y fût obéi (texte, § 141).

Remarquons toutefois qu'entre cet *arbitrium* et celui des actions formulaires il existait cette différence que, dans l'action arbitraire, la condamnation portée, au défaut d'exécution du *jussus*, était calculée sur le plus ou le moins d'intérêt qu'avait le demandeur à cette exécution, tandis que dans l'interdit, au contraire, le défendeur n'était jamais condamné qu'à payer la valeur de la chose (texte, 163).

Si le juge décidait contre le demandeur, il se bornait à absoudre le défendeur, sans prononcer contre lui aucune peine.

§ 165. Itaque si arbitrum non petierit, sed tacitus de jure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur : nam actor provocat adversarium sponsione : si contra edictum prætoris non exhibuerit aut non restituerit : ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur; deinde actor quidem sponsionis formulam edit adversario; ille huic invicem restipulationis ; sed actor sponsioni *vel ejus formulæ subjicit*, et aliud judicium de re restituenda vel exhibenda, ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur. . . . .
. . . .

§ 165. Si donc on n'a pas demandé d'arbitre, on marche avec péril à la fin de l'affaire; car le demandeur provoque son adversaire à la *sponsion*, s'il n'a pas, contrairement à l'édit du préteur, exhibé ou restitué : le défendeur provoque le demandeur à la *restipulation*, qu'il oppose à la *sponsion;* après cela, le demandeur agit par la formule de *sponsion* contre son adversaire, qui, à l'inverse, défend contre lui par celle de *restipulation;* mais le demandeur joint à la formule de *sponsion* une instance relative à la restitution ou exhibition de la chose, pour que, s'il triomphe par la *sponsion*, l'adversaire, s'il ne lui restitue pas ou n'exhibe pas la chose, soit condamné . . .
(Une page entière manque.)

Quand la formule n'était pas arbitraire, c'est-à-dire alors qu'on n'avait pas demandé d'arbitre avant de sortir de la présence du préteur, on marchait avec péril à la conclusion de l'affaire. En effet, les parties revenaient devant le magistrat, en présence duquel le demandeur provoquait le défendeur à la sponsion ; le défendeur provoquait, à son tour, son

adversaire à la restipulation, et l'instance était vidée par la décision du juge sur la question de savoir quelle était la gageure la mieux fondée. En d'autres termes, le juge condamnait le défendeur à perdre le montant de la sponsion, s'il n'avait réellement pas obéi à l'interdit ; au contraire, il condamnait le demandeur à perdre le montant de la restipulation, si, à tort, il prétendait que le défendeur n'avait pas obéi à l'édit. La condamnation pénale, quand elle atteignait le défendeur, était indépendante de la restitution de la possession, laquelle était assurée au demandeur par une action particulière qu'il avait eu soin d'ajouter à sa sponsion, pour qu'on condamnât son adversaire en conséquence, si la restitution de la possession n'était pas effectuée.

Cette procédure présente une grande analogie avec la procédure *per sponsionem*, à laquelle sans doute elle avait donné naissance. Toutefois, il y avait entre elles ces deux différences : 1° que, dans les actions réelles *per sponsionem*, le demandeur seul provoquait à la sponsion, tandis que, dans les interdits, il y avait une restipulation en sens contraire de la sponsion ; 2° les sponsion et restipulation étaient pénales, c'est-à-dire que celui qui avait gain de cause pouvait exiger de son adversaire le payement de sa gageure ; il n'en était pas ainsi dans la revendication *per sponsionem* (*V.*, *suprà*, § 30).

§ 166. . . . . *Deinde perficitur omnis* res ab eo fructus licitando, id est tantisper in possessione *constituitur*, *si modo* adversario suo fructuaria stipulatione *caveat*, *cui vis et* potestas hæc *in*est, *ut*, si *contra ipsum* ess*et postea* pronun*tiatum*, *possessio restituatur*; *itaque inter* adversarios qui *prætore auctore* certan*t*, contentio fructus licitationis est; scilicet quia *amborum interest possessorem* esse : * *alter* tantisper *rei possessionem*, et *rei fructus* vendit ; e*t quando*-

§ 166.... Le tout se termine par la licitation des fruits, qui est faite à l'un d'eux, c'est-à-dire qu'on ne lui accorde la possession que s'il donne garantie à son adversaire par la stipulation fructuaire, qui a pour objet d'assurer la restitution de la possession litigieuse dans le cas où, par la suite, il serait prononcé contre le promettant : c'est pourquoi, entre adversaires qui disputent devant le préteur, il y a contestation relativement à la licitation des fruits, sans doute parce qu'il importe aux

quidem hoc agatur, postea alter alterum sponsione provocat : QUÆ ADVERSUS EDICTUM PRÆTORIS INTERDICENTIS NOBIS FACTA ESSENT, INVICEM NI AMBOBUS RESTITUANTUR ; adversus sponsionem vel stipulationem *autem*, quum una inter eos *sit* sponsio. . . . . stipulatio. . . . . . . fit. *Deinde is*, *qui fructus licitatione vicit*, *alterum de* fundo ab*ducit*, *cui possessionem cum fructibus arbitrio judicis* restitui *fructuaria stipulatione cautum sit;* judex apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, *quod* prætor interdicto complexus est, id est, uter eorum eum fundum easve ædes, per id tempus quo interdictum redditur, nec vi, nec clam, nec precario possideret ; quum judex exploraverit, et forte secundum me judicatum sit, adversarium quidem et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat ; et convenienter me sponsionis et restipulationis, quæ mecum factæ sunt, absolvit : et hoc amplius, si apud adversarium meum possessio est, quia is fructus licitatione vicit, nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano sive secutorio judicio condemnatur.

deux parties d'être mises en possession ; l'autre ne vend que la possession de la chose et ses fruits. Après cela, chaque adversaire provoque l'autre par cette *sponsion :* SI ON NE RESTITUE PAS A L'UN OU A L'AUTRE, CONTRAIREMENT A L'INTERDIT DU PRÉTEUR. A cette *sponsion*, qui est commune aux deux parties, on oppose cette *restipulation...* Ensuite, celui auquel les fruits sont restés par la licitation prend possession du fonds dont il éloigne l'autre, auquel il a donné garantie, par la stipulation fructuaire, que si tel était l'arbitrage du juge, il restituerait la possession et les fruits. Le juge chargé d'examiner l'affaire recherche, question que le préteur avait embrassée dans son interdit, quel était, à l'époque où il a été rendu, celui des contendants qui avait la possession exempte de violence, non clandestine et non précaire, du fonds ou des édifices ; après cet examen, si la sentence du juge m'est favorable, il condamne mon adversaire à m'abandonner le montant de la *sponsion* et de la *restipulation*, en ayant soin de m'absoudre ; et, de plus, si la possession est à mon adversaire, parce qu'il a gagné les fruits licités, il est condamné, en vertu de l'action *Cascellienne* ou secondaire, à moins qu'il ne me restitue cette possession.

Procédure des interdits doubles. — S'agissait-il d'interdits doubles, la procédure était à peu près la même que dans les interdits restitutoire et exhibitoire, alors qu'on agissait *per sponsionem*. Seulement, comme, dans ces interdits, le préteur ne fixait pas le rôle de demandeur et le rôle de défendeur, mais qu'il s'adressait à la fois aux deux parties en ces termes : « Pour que vous continuiez à posséder comme vous possédez maintenant, je défends qu'on fasse violence, » il en résultait que le juge avait à examiner laquelle des deux parties possédait sans violence à l'époque de la prononciation de l'interdit; il en résultait aussi que chacun des contendants provoquait l'autre à la sponsion, puisqu'on ne savait pas encore qui était demandeur, qui était défendeur, d'où venait la nécessité d'une double sponsion, et, par contre, d'une double restipulation ; il s'ensuivait enfin que, jusqu'au jour où le juge aurait décidé auquel des deux adversaires était la possession au moment de l'interdit, il fallait accorder la possession intérimaire de la chose à l'un d'eux. A part ces différences dans la forme, la procédure était analogue à l'instance *per sponsionem* de l'interdit simple; mais ces dissemblances de forme produisaient des différences de résultat importantes à noter. Voici comment les choses se passaient :

Les parties étant devant le magistrat, celui-ci rendait l'interdit en ces termes : « Pour que vous continuiez à posséder comme vous possédez maintenant, je défends qu'on fasse violence. » Comme la défense s'adressait aux deux plaideurs, il n'y avait pas par là de rôle fixé ; c'était au juge à constater le caractère de la possession prétendue (texte, § 160) au moment de l'interdit. Par suite de ce que les rôles n'étaient pas fixés, il était besoin de statuer provisoirement sur la possession jusqu'au jour où le juge pourrait décider. A cet effet, le préteur faisait comme une licitation entre les contendants, c'est-à-dire qu'il accordait cette possession intérimaire à celui qui donnait à l'autre la plus forte garantie qu'il restituerait la chose et le montant des fruits perçus dans l'intérim, si le juge reconnaissait qu'à lui n'appartenait pas la possession au moment de l'interdit. Après cela intervenait la double sponsion ou la double restipulation. Ici cessait le devoir du magistrat et commençait l'office du juge.

§ 167. Ergo is qui fructus licitatione vicit, si non probat ad se pertinere possessionem, sponsionis et restipulationis, et fructus licitationis summam pœnæ nomine solvere, et præterea possessionem restituere jubetur; et hoc amplius fructus quos interea percepit, reddit. Summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum, sed pœnæ nomine solvitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est.

§ 167. Celui donc qui par la licitation a gagné les fruits, et qui ne prouve pas qu'il avait droit à la possession, est condamné à payer, à titre de peine, le montant de la *sponsion* et de la *restipulation*, et celui de la jouissance, et, en outre, à restituer la possession; de plus, il doit rendre les fruits perçus par lui depuis la prononciation de l'interdit, car le montant de la licitation n'est pas la valeur réelle des fruits, mais se paye à titre de peine, parce qu'on a voulu retenir la possession de la chose d'autrui pendant un temps, et percevoir les fruits de cette chose.

Le juge examinait d'abord auquel des deux litigants appartenait la possession, quand le magistrat avait porté l'interdit. Cet examen fait, s'il jugeait en faveur de celui qui, n'ayant pas fourni la plus forte garantie, n'avait pas obtenu la possession, il condamnait le possesseur intérimaire à payer à son adversaire le montant de la sponsion et de la restipulation, en ayant soin d'absoudre l'autre, et, en outre, en vertu de l'action Cascellienne ou sécutoire, à perdre la garantie fournie pour la possession de la chose, s'il ne restituait pas cette chose, et enfin à rendre le montant des fruits perçus pendant l'intérim, restitution à laquelle son adversaire avait pu le contraindre à s'engager par une stipulation spéciale, appelée fructuaire (§ 169).

§ 168. Ille autem qui fructus licitatione victus est, si non probaverit ad se pertinere possessionem, tantum sponsionis et restipulationis summam pœnæ nomine debet.

§ 168. Celui qui n'a pas obtenu la possession n'est condamné, à titre de peine, qu'à la valeur de la *sponsion* et de la *restipulation*, s'il ne peut prouver qu'il a droit à la possession.

Si le juge reconnaissait comme possesseur celui qui avait obtenu la possession intérimaire, il ne condamnait l'adversaire qu'au payement de la sponsion et de la restipulation, puisqu'il n'avait pas de restitution, soit de la chose, soit des fruits, à faire, n'ayant pas eu la détention provisoire de l'objet.

En certains cas, on pouvait atteindre le même résultat au moyen d'une action *in factum* que le préteur accordait à la place de l'instance, suite ordinaire de l'interdit (L. 8, §§ 1 et 9, ff. *de relig.*; — L. 1, *pr.*, *ne vis fiat*, et L. 10, *pr.*, *quæ in fraudem credit.*).

§ 169. Admonendi tamen sumus liberum esse ei qui fructus licitatione victus erit, omissa fructuaria stipulatione, sicut Cascelliano, sive secutorio judicio de *possessione* recuperenda *ibi experitur*, ita *separatim et* * *de possessione* et de fructus licitatione agere : in quam rem proprium judicium comparatum est, quod appellatur fructuarium, quo nomine actoris satis accipiatur. Dicitur autem et hoc judicium secutorium, quod sequitur sponsionis victoriam : sed non æque Cascellianum vocatur.

§ 169. Nous devons dire que celui qui n'a pas la possession est libre, en n'exigeant pas la stipulation relative aux fruits, ainsi qu'il arrive au sujet de l'action *Cascellienne*, ou action secondaire, relative au recouvrement de la possession, d'agir séparément et pour la possession et pour les fruits vendus ; pour cette réclamation des fruits, on a créé une action particulière appelée *fructuaire*, et dans laquelle caution est donnée au profit du demandeur. Cette action se nomme secondaire, parce qu'elle vient après qu'on a triomphé relativement à la *sponsion* : c'est à tort qu'on l'appelle action *Cascellienne*.

Celui qui n'avait pas obtenu la possession intérimaire pouvait, s'il avait omis la stipulation relative aux fruits, agir séparément et pour la possession et pour la restitution des fruits. A cet effet, on lui accordait une action particulière appelée fructuaire ou secondaire, parce qu'elle venait après qu'on avait triomphé quant à la possession ; c'était à tort, dit Gaïus, qu'on l'appelait Cascellienne, car c'était la confondre avec celle qui résultait de la stipulation relative à la restitution

des fruits (texte, *hic.*). Cette dernière stipulation était probablement appelée *Cascellienne,* et l'action qui en résultait quant aux fruits prenait le nom de *Cascellienne*, comme celle qui concernait la possession. — Telle est du moins la leçon que les §§ 166 à 169 nous paraissent présenter.

§ 170. Sed quia nonnulli, interdicto reddito, cætera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, *prætor*. . . . . .

§ 170. Comme quelques personnes n'obéissaient pas aux interdits, ce qui empêchait l'expédition des affaires, le préteur. . . . . *(En cet endroit du manuscrit, plusieurs lignes n'ont pu être lues.)*

Nous ne terminerons pas l'exposé de cette matière sans examiner l'importante question de savoir *quel était l'objet de l'instance qui s'engageait à la suite et comme conséquence de l'interdit.*

Sa solution ne présente de difficulté qu'en ce qui concerne les interdits possessoires; car il n'est pas douteux que le *judicium*, suite des interdits non possessoires, avait pour objet le fond du droit lui-même, tout autant qu'une action ordinaire, et que le résultat du litige y était tout à fait définitif (Cic., *orationes pro Cæcinâ* et *pro Tullio*). En effet, dans tous les cas où il y avait lieu à un interdit non possessoire, la prétention de la partie qui l'invoquait était unique, puisqu'elle tendait seulement à empêcher la violence, et quand, par suite du refus du défendeur d'obéir à l'interdit, le juge avait été appelé à statuer, s'il avait donné gain de cause au demandeur, celui-ci, par l'exécution de la sentence, obtenait tout ce à quoi il pouvait prétendre; si, au contraire, le juge avait absous le défendeur, son adversaire aurait vainement cherché un autre moyen de droit pour agir contre lui, puisque par la sentence il avait été reconnu ou que l'interdit avait été obéi ou que le fait allégué par le demandeur pour obtenir l'ordre du magistrat n'existait pas. En d'autres termes, toute la prétention du demandeur se débattait devant le juge saisi par la formule, suite de l'interdit.

Mais, en matière d'interdits possessoires, il en était tout autrement, et de ce que le droit du demandeur était mal

fondé sur la possession, il ne résultait pas nécessairement qu'il n'eût aucun droit sur la propriété. Il arrivait fréquemment, au contraire, de même que cela a lieu de nos jours, que le propriétaire dont le droit de maître était le mieux établi n'était point fondé dans sa demande de possession. Voyons alors ce qui advenait si le plaideur dont le droit de possession n'était pas prouvé prétendait avoir le droit de propriété.

Les textes décident clairement la question relativement à certains interdits; il en est d'autres au sujet desquels les commentateurs sont unanimes; mais il en existe qui ont donné lieu aux plus vives controverses et aux opinions les plus contradictoires.

Certains interdits avaient à la fois pour objet et la question de possession et la question de propriété: le juge chargé de statuer par suite de tels édits devait donc trancher, dans l'instance interdictoriale, et le possessoire et le pétitoire. De ce nombre était l'interdit *de itinere actuque privato*, les interdits qui avaient pour objet des lieux sacrés ou religieux, l'interdit *de liberis exhibendis*, et l'interdit *de aquâ quotidianâ* (L. 2, § 2, ff. *de interdictis;* — L. 1, § 45, *de aquâ quotidianâ*). Comme conséquence de la nature et de l'objet de ces interdits, il résultait que l'exception *rei judicatæ* était opposable à celui des plaideurs qui avait perdu son procès, alors qu'il voulait plus tard introduire une instance au pétitoire.

Mais nous pensons et nous allons essayer de démontrer qu'à part les cas formellement exprimés, l'instance organisée comme conséquence de l'interdit possessoire n'avait pour objet que la possession, la question pétitoire étant réservée.

En premier lieu, en ce qui concerne l'interdit *uti possidetis*, Ulpien nous enseigne (L. 1, §§ 2 et suiv., ff. *uti possid.*) qu'il fut introduit par ce motif « que la possession doit être séparée de la propriété; car il peut se faire que l'un soit possesseur sans être propriétaire, l'autre propriétaire sans être possesseur, comme il peut se faire qu'on soit à la fois possesseur et propriétaire. C'est pourquoi, toutes les fois qu'il y a une controverse relative à la propriété, de deux choses l'une : ou les deux contendants sont d'accord sur la question de savoir

lequel est possesseur, lequel est demandeur ; ou, au contraire, ils ne sont point d'accord sur ce point. Si l'accord existe, pas de difficulté : celui qui est reconnu possesseur jouit de l'avantage du possesseur; son adversaire supporte le rôle de demandeur. Mais, s'il y a contestation quant à la question de possession, parce que l'un et l'autre se prétendent possesseurs, on a recours à l'interdit *uti possidetis*, si l'objet de la contestation est une chose du sol..... L'interdit protége le possesseur d'un fonds, car il ne lui est point donné d'action, puisqu'il lui suffit de posséder. »

Le même jurisconsulte nous apprend (L. 12, ff. *de acq. vel amitt. posses.*) que « la propriété n'a rien de commun avec la possession ; qu'en conséquence on ne refuse pas l'interdit *uti possidetis* à celui qui a commencé par exercer la revendication, car il ne paraît pas par là avoir renoncé à la possession. »

Enfin, Justinien est encore plus explicite, s'il est possible. Écoutons-le : « Pour retenir la possession, on donne les interdits *uti possidetis* et *utrubi*, lorsque, dans une contestation sur la propriété d'une chose, on recherche préalablement lequel des plaideurs doit être possesseur, lequel demandeur; car si on n'a pas déterminé auquel des deux appartient la possession, *il est impossible d'organiser l'action pétitoire*, parce que, d'après la loi et la raison naturelle, il faut que l'un possède et que l'autre revendique contre lui... L'avantage de la possession consiste dans ce que, même quand la chose n'appartiendrait pas à celui qui possède, si le demandeur ne peut prouver qu'elle soit à lui, la possession reste à celui qui l'a » (*Institutes*, liv. IV, tit. XV, § 4). — Donc, si le demandeur prouve que la chose est à lui, il se la fait rendre par une voie autre que celle de l'interdit.

Venulejus dit aussi très-clairement : « *Sed si eam rem cujus possessionem per interdictum uti possidetis retinere possim, quamvis futurum esset ut tenear de proprietate...*, etc. » (L. 7, ff. *de precario*).

Cela posé, et à présent qu'il est constant que la possession n'a rien de commun avec la propriété, que les interdits tendant à faire retenir la possession sont utiles pour fixer les rôles de défendeur et de demandeur, pour que *l'action réelle*

puisse s'intenter, rappelons-nous comment ces rôles des deux parties étaient fixés dans les interdits *uti possidetis* et *utrubi*.

Remarquons tout d'abord que, dans ces interdits, le préteur s'adressait aux deux adversaires simultanément, et qu'il ne fixait pas lui-même les rôles. Il se contentait de dire : « Pour que vous continuiez à posséder comme vous possédez maintenant, je défends qu'on fasse violence. » C'était au juge, ainsi que nous l'avons déjà dit, à fixer les rôles, quand les parties se présentaient devant lui avec les formules de l'interdit (texte, 160 et 166).

Comment le juge procédait-il pour cette fixation des rôles? Gaïus nous dit que les parties, après avoir obtenu la défense du magistrat, après avoir fait attribuer au plus offrant la possession *intérimaire*, et avoir formulé chacune une double provocation, se rendaient devant le juge, qui, sur la production des formules, examinait auquel des contendants appartenait, au moment de l'interdit, la possession non précaire, non clandestine, non violente, à l'égard de son adversaire, et prononçait en sa faveur, en ayant soin d'absoudre l'autre.

Quel que fût celui des plaideurs que le juge condamnait, il devait toujours prononcer contre lui la peine de la sponsion et de la restipulation, car l'affaire était toujours pénale dans les interdits doubles ; et s'il prononçait contre celui qui n'avait pas obtenu la possession *intérimaire*, parce qu'il n'avait pas fourni la plus forte garantie, il ne le condamnait qu'au montant des deux gageures qu'il avait faites ; mais il le condamnait (et ceci mérite d'être observé) *par cela seul qu'il ne prouvait pas qu'il avait droit à la possession* : « *Si non probaverit ad se pertinere possessionem.* » Si, au contraire, le juge prononçait contre celui qui avait eu la possession intérimaire, il le condamnait au montant de la garantie qu'il avait fournie, s'il ne restituait pas la chose et les fruits, indépendamment de la condamnation au payement de la sponsion et de la restipulation.

Si nous rapprochons les paragraphes 166 et 168 des passages d'Ulpien cités plus haut, où il est dit que la possession n'a rien de commun avec la propriété, que l'interdit sert à fixer les rôles de demandeur et de défendeur, pour qu'il soit ensuite possible d'intenter *la revendication*, on est bien obligé

de reconnaître que tout n'était pas terminé alors qu'on avait été condamné relativement à la possession, si l'on prétendait droit à la propriété, *puisqu'il peut se faire que le propriétaire n'ait pas la possession protégée par l'interdit, et réciproquement.*

La loi 19 (ff. *de operis novi nuntiatione*) dit expressément que les actions civiles de celui auquel la continuation du nouvel œuvre avait été interdite continuaient de subsister.

Le § 45 de la L. 1 (ff. *de aquâ quotidianâ et æstivâ*) établit mieux encore, s'il est possible, le fondement de notre manière de voir sur la question qui nous occupe : « *Meminisse autem debemus* (porte ce paragraphe), *in hoc interdicto totam quæstionem finiri assignationis ;* NON ENIM PRÆPARAT HOC INTERDICTUM CAUSAM UT SUPERIORA INTERDICTA ; *nec ad possessionem temporariam pertinet : sed aut habet jus assignatum sibi, aut non habet, et interdictum totum finitur.* »

Il s'est élevé trois systèmes au sujet de l'interdit *quorum bonorum.*

D'après le plus ancien, que nous n'hésitons pas à adopter après mûre réflexion, et qui, enseigné par Azon, a été suivi par Accurse et par Bartole, et remis récemment en honneur par Thibaut et Gaslonde, l'interdit *quorum bonorum* n'avait pour objet que la possession ; d'où il suit que la pétition d'hérédité était recevable même après qu'on avait eu recours à l'interdit (Azo, *Comm. in Cod.*, L. 1, *quorum bonorum ;* — Accurtius, *Gl. petiturus*, L. 1, C., *quorum bonorum* ; — Thibaut et Gaslonde, p. 27).

Zimmern (*Quo sensu summarium vocari possit interdictorum romanorum judicium*, Iéna, 1828) pense, au contraire, que cet interdit embrassait la question de propriété, et il enseigne qu'aucune exception ne pouvait être opposée au demandeur, à moins qu'elle n'eût été insérée dans la formule de l'interdit. C'est dans ce sens qu'on doit, suivant cet auteur, considérer les instances interdictoriales comme sommaires.

M. de Savigny (*Uber das interdikt quorum bonorum*) est d'accord avec Zimmern, quant à l'objet de l'interdit *quorum bonorum*, et enseigne, contrairement à la doctrine de Thibaut, que l'instance à laquelle donnait lieu cet édit n'était point sommaire.

Le système de Thibaut est fondé sur ce que : 1° dans l'instance de cet interdit, on n'exigeait pas une preuve complète (C. Théod., *de denuntiat.*, LL. 5 et 6 ; — *de jurisd.*, L. 8; — *undè vi*, LL. 4 et 8; — *utrum vi*, L. 1 ; — *quor. appell.*, L. 22; — *quorum bonorum*, L. 1 ; — Cod. Justin., *de interdictis*, L. 4 ; — *undè vi*, L. 8 ; — *si per vim*, L. 1 ; — *de agric.*, L. 14 ; — *quorum bonorum*, L. 3) ; 2° sur ce qu'il est nécessaire d'admettre, comme corollaire de cette proposition, que la question de possession avait seule pu être tranchée provisoirement, sans qu'on en puisse conclure que la demande au pétitoire fût empêchée par un débat qui avait décidé au possessoire provisoirement et par équité. Il invoque, à l'appui de son système, la L. 2, ff. *de salviano interdicto*, qui réserve l'action servienne à celui qui a été vaincu dans l'interdit salvien. Une constitution de Dioclétien et Maximien, insérée au Code, liv. VII, tit. XLVIII, L. 3, vient confirmer cette dernière proposition de la manière la plus formelle : « *Si quid de possessione pronuntiatum probetur*, HOC CAUSÆ PROPRIETATIS MINIME NOCEAT. » Enfin, une constitution d'Arcadius est encore plus péremptoire sur ce point, s'il est possible : « *Jubemus ut omnibus frustrationibus amputatis*, *per interdictum quorum bonorum, in petitorem corpora transferantur*, SECUNDA ACTIONE PROPRIETATIS NON EXCLUSA (Cod. Justin., L. 3, *si à non competente*...).

Nous ne suivrons pas M. de Savigny dans la longue dissertation par laquelle il cherche, mais en vain, à réfuter la première proposition de Thibaut, qui est basée sur une foule de textes très-explicites ; et comme on reconnaît généralement qu'une conséquence nécessaire de cette proposition, si elle est vraie, est que, dans l'instance interdictoriale, le pétitoire était réservé, il devient inutile de combattre la doctrine du professeur de Berlin, qui donne au juge d'un tel *judicium* la mission de décider et sur la possession et sur la propriété ; car, à son tour, il fait découler cette double mission de la doctrine contraire à la première proposition de Thibaut, dont il croit avoir établi la fausseté.

Si nous passons à l'examen de notre question en ce qui concerne les interdits *recuperandæ possessionis*, nous voyons tout d'abord que la revendication n'était point exclue par

l'exercice de l'interdit *undè vi*, puisque les deux instances pouvaient se poursuivre simultanément (L. 18, § 1, ff. *undè vi*).

Et comme l'interdit *de clandestinâ possessione* n'était, de l'avis de tous les commentateurs, que le calque du précédent, ayant sa cause dans le fait délictueux d'enlèvement clandestin, on nous accordera sans peine que l'instance à laquelle il donnait lieu n'avait pas des conséquences plus étendues que le *judicium*, suite de l'interdit *undè vi*.

Enfin, il n'est pas douteux que le bailleur à titre précaire avait l'action personnelle civile *præscriptis verbis* contre le détenteur précaire, et que cette action n'était point exclue par l'exercice de l'interdit *de precario* (Paul, *Sententiæ*, lib. v, tit. vi, § 10; — L. 2, § 2, et L. 19, § 2, ff. *de precario*). — Nous savons aussi que ce bailleur conservait le droit de propriété sur la chose, et qu'il pouvait l'aliéner au profit d'un tiers, nonobstant le précaire (L. 8, § 2, *eod.*).

§ 171. . . . . *Sed adversus reos quidem inficiantes ex quibusdam causis* dupli *actionem constituit prætor*, velut si judicati, aut depensi, aut damni injuriæ, aut legatorum per damnationem relictorum *nomine* agitur : ex quibusdam causis sponsionem facere permittit, velut de pecunia certa credita et pecunia constituta, sed certæ quidem creditæ pecuniæ tertiæ partis, constitutæ vero pecuniæ partis dimidiæ.

§ 171. *(Le commencement de ce paragraphe manque dans le manuscrit de Gaïus.)* Mais le préteur donne une action au double dans quelques cas contre les défendeurs qui ont nié leur obligation, par exemple dans les cas où l'on agit par les actions de *chose jugée*, de *chose payée*, de *dommage injuste* ou de legs par *condamnation*; dans quelques cas, le préteur autorise la *sponsion* : tels sont ceux des actions *d'une somme certaine prêtée* et de constitut; la *sponsion* ne peut être que du tiers de l'argent prêté et de moitié de la somme promise par constitut.

Pour prévenir ou réprimer les procès intentés ou soutenus sans fondement et par esprit de chicane, plusieurs peines avaient été établies contre les plaideurs. Parmi celles qui concernaient le défendeur, les unes étaient pécuniaires,

d'autres consistaient dans la religion du serment, d'autres enfin dans l'infamie. — Outre la peine pécuniaire de la *sponsio* (*suprà*, sous le § 1, et §§ 13, 91, 162, 165 et suiv.), dans certaines actions, la condamnation était au double contre le défendeur qui avait nié; dans d'autres, la condamnation était du double, du triple ou du quadruple, qu'on eût nié ou non (§ 173). — Si aucune de ces garanties n'existait, c'est-à-dire s'il n'y avait lieu ni à la *sponsio* ni à une action au-dessus du simple, le demandeur pouvait exiger du défendeur le serment qu'il ne défendait pas par esprit de calomnie (§ 172). — Enfin, certaines actions étaient infamantes pour le défendeur condamné (§ 182).

§ 172. *Quod si neque* sponsionis, *neque forte* dupli. . . . periculum ei cum quo agitur conjungatur, ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit prætor jusjurandum exigere, non calumniæ causa se inficias ire. Unde quamvis hæredes vel qui hæredum loco habentur, simpli non amplius obligati sunt, item feminis pupillisque *remitti solet pœna* sponsionis, jubet tamen eos jurare.

§ 172. Lorsqu'on défend à une action qui ne donne lieu ni à la *sponsion* ni à la peine du double, et qui est au simple dès le principe (n'est pas pénale par elle-même), le préteur autorise le demandeur à exiger du défendeur le serment qu'il n'agit pas de mauvaise foi. Par suite, les héritiers ou ceux qui en tiennent lieu n'étant obligés qu'au simple, les femmes et les pupilles obtenant habituellement la remise de la peine de la *sponsion*, le préteur ordonne du moins à ces personnes de jurer qu'elles ne défendent pas de mauvaise foi.

En principe, ce n'était que dans le cas où l'action était au simple et ne donnait pas lieu à la sponsion, que le demandeur pouvait déférer à son adversaire le serment qu'il ne défendait pas par calomnie. — Quoique l'action dirigée contre un héritier ne fût pas, dans sa cause, de celles qui se donnaient au simple; quoique l'action dirigée contre les femmes ou les pupilles entraînât une sponsion, on admettait, cependant, qu'on pouvait exiger de ces personnes le serment qu'elles n'agissaient pas par calomnie. La raison de ceci est tirée de

ce qu'on faisait remise de la *sponsion* aux femmes et aux mineurs, et qu'on n'agissait point au double contre les héritiers, ce qui, en fait, plaçait, à cet égard, les héritiers, les femmes et les pupilles dans la condition de ceux qui n'avaient à défendre qu'à une action au simple de sa nature.

§ 173. Statim autem ab initio pluris quam simpli actio est : velut furti manifesti, quadrupli ; nec manifesti, dupli ; concepti et oblati, tripli : nam ex his causis et aliis quibusdam, sive quis neget, sive fateatur, pluris quam simpli est actio.

§ 173. Plusieurs actions sont plus qu'au simple dès le principe : telles sont l'action de *vol manifeste*, qui est au quadruple ; celle de *vol non manifeste*, qui est au double ; les actions de *vol trouvé* et de *vol offert*, qui sont au triple. En effet, dans ces cas et dans quelques autres, la condamnation s'élève au-dessus du simple, qu'on dénie ou qu'on avoue.

V. nos explications, C. 3, §§ 189-193.

§ 174. Actoris quoque calumnia coercetur modo calumniæ judicio, modo contrario, modo jurejurando, modo restipulatione.

§ 174. La mauvaise foi du demandeur est également contenue soit par l'action de calomnie, soit par l'action contraire, soit par le serment, ou enfin par la restipulation.

La *restipulation*, l'action de calomnie, l'action contraire, le serment, étaient admis, dans certaines actions, contre le demandeur.

§ 175. Et quidem calumniæ judicium adversus omnes actiones locum habet, et est decimæ partis *causæ* ; adversus interdicta vero, quartæ partis causæ.

§ 175. Dans tout procès, l'action de calomnie est accordée : elle tend à faire condamner le demandeur au dixième de l'objet en litige ; dans les interdits, elle tend au quart de l'objet litigieux.

L'action de calomnie était accordée au défendeur contre le demandeur dans tout procès. Elle était du dixième du

montant de la demande, et se donnait contre celui que le défendeur prétendait avoir intenté une action par esprit de calomnie.

§ 176. Liberum est illi cum quo agitur, aut calumniæ judicium opponere, aut jusjurandum exigere, non calumniæ causa agere.

§ 176. Le défendeur peut opposer l'action de calomnie ou exiger que le demandeur jure qu'il n'agit pas de mauvaise foi.

Quand le défendeur pouvait opposer l'action de calomnie, il avait la faculté de recourir au serment, qu'il déférait à son adversaire, s'il préférait ce moyen.

§ 177. Contrarium autem judicium ex certis causis constituitur, velut si injuriarum agatur; et si cum muliere eo nomine agatur, quod dicatur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse; et si quis eo nomine agat, quod dicat se a prætore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse. Sed adversus injuriarum quidem actionem decimæ partis datur; adversus vero duas istas, quintæ.

§ 177. L'action contraire est accordée au défendeur dans des cas déterminés : ainsi, dans l'action d'*injures*, et lorsqu'on agit contre une femme, en soutenant que, envoyée en possession comme étant grosse, elle a, par dol, donné sa possession à un autre, et aussi lorsqu'on agit en disant qu'envoyé en possession par le préteur, on a été empêché dans cette prise de possession par un tiers. Mais la peine de l'*action contraire d'injures* est du dixième de la demande comprise dans l'action directe, au lieu qu'elle est du cinquième dans les deux autres cas.

Dans certaines actions, le défendeur avait l'action contraire: elle était du dixième de la demande, quand elle était opposée à l'action d'injures, et du cinquième en faveur d'une femme qu'on actionnait comme ayant cédé frauduleusement la possession qu'elle avait obtenue du préteur en se faisant faussement passer pour grosse, et aussi lorsqu'on la donnait à celui qui était actionné comme ayant empêché la prise de possession ordonnée par le préteur.

§ 178. Severior autem coercitio est per contrarium judicium; nam calumniæ judicio X partis nemo damnetur, nisi qui intelligit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex judicis errore vel iniquitate victoriam sperat, quam ex causa veritatis; calumnia enim in affectu est, sicut furti crimen. Contrario vero judicio omnimodo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet alia opinione inductus crediderit se recte agere.

§ 178. La peine établie par l'action contraire est plus sévère que celle qui est portée par l'action de calomnie; car, dans ce dernier cas, on ne condamne à la dixième partie du litige que celui qui a agi sachant bien qu'il n'en avait pas le droit, et pour vexer son adversaire, comptant sur l'erreur ou la corruption du juge, plutôt que sur la pureté de sa cause; la calomnie consiste, en effet, dans l'intention, comme le vol. Mais, par l'action contraire, le demandeur est toujours condamné, s'il n'a pas prouvé la justice de sa demande, alors même qu'une erreur involontaire lui aurait fait croire qu'il agissait avec raison.

L'action contraire était plus sévère que celle de calomnie, en ce qu'elle aboutissait contre un demandeur qui avait intenté une action mal fondée, même par suite d'une erreur involontaire.

§ 179. Utique autem ex quibus causis contrario judicio agere potest, etiam calumniæ judicium locum habet : sed alterutro tantum judicio agere permittitur. Qua ratione si jusjurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniæ judicium non datur, ita et contrarium non dari debet.

§ 179. Toutes les fois qu'on a le droit d'exercer l'action *contraire*, on a celui d'agir par l'action de *calomnie;* mais on ne peut exercer que l'une ou l'autre de ces actions. Si donc le défendeur a exigé le *serment de calomnie*, comme on ne lui donne pas l'*action en calomnie*, il n'y a pas lieu non plus à l'action *contraire*.

L'action de calomnie et l'action contraire ne pouvaient se cumuler, ni concourir avec le serment de calomnie.

§ 180. Restipulationis quoque pœna ex certis causis fieri solet : et quemadmodum contrario judicio omnimodo condemnatur actor, si causam non tenuerit, nec requiritur an scierit non recte se agere, ita etiam restipulationis pœna omnimodo damnatur actor.

§ 180. La peine de la *restipulation* est aussi encourue dans des cas déterminés, et de même que, dans le cas de l'action *contraire*, le demandeur est toujours condamné par cela seul qu'il a échoué dans sa demande, sans qu'on s'informe s'il a agi de bonne foi, de même il est toujours condamné à la peine de la *restipulation*, s'il succombe.

La peine de la *restipulation* n'avait lieu que dans certains cas (*suprà*, §§ 13, 91, 162, 165 et suiv.).

§ 181. S*ane* si ab actore ea restipulationis pœna petatur, ei neque calumniæ judicium opponitur, neque jurisjurandi religio conjungitur, nam contrarium judicium *in* his causis locum non habere palam est.

§ 181. Si la peine de la *restipulation* peut être encourue par le demandeur, on ne lui oppose pas l'action de *calomnie*, ni le serment ; il est évident que l'action *contraire* n'a pas lieu dans ce cas.

Dans tous les cas que nous venons de parcourir, le défendeur pouvait exiger du demandeur le serment qu'il n'agissait pas par esprit de calomnie ; mais il n'avait que le choix, sans pouvoir cumuler ces moyens.

Justinien imposa, en outre, l'obligation du serment aux avocats des deux parties, sans préjudice du serment que ces dernières étaient tenues de prêter. — Il voulut aussi que le plaideur qui perdait sa cause fût condamné aux dommages et aux dépens du procès. Cette peine remplaça l'action de calomnie et l'action contraire. La *sponsio* et la *restipulatio* n'étaient plus en usage. La peine du double, du triple ou du quadruple, fut conservée pour les cas rappelés au § 171. L'infamie fut maintenue contre les défendeurs condamnés soit dans les actions *furti, vi bonorum raptorum*, *injuriarum*, *de dolo*, soit dans les actions directes *tutelæ*, *depositi*, soit enfin dans l'action *pro socio*. Dans les quatre premières actions, l'ignominie atteignait le défendeur, qu'il eût transigé ou qu'il eût été condamné ; il n'en était pas ainsi dans les

autres cas, le fait donnant naissance à l'action ne présentant pas la même gravité.

Une amende de cinquante sous d'or était établie contre le descendant ou l'affranchi qui avait cité son ascendant ou son patron *in jus*, sans en avoir obtenu l'autorisation du magistrat (*Inst.*, *de pœnâ temerè litigant.*).

§ 182. Quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt : velut furti, vi bonorum raptorum, injuriarum; item *pro socio*, *tutelæ*, *mandati*, depositi. Sed furti aut vi bonorum *raptorum*, *aut injuriarum non solum* damnati notantur ignominia, sed et*iam pacti* : *ita enim in edicto* scriptum est, et recte; plurimum *enim interest*, *utrum ex delicto* aliquis an ex contractu debitor *sit*, *et prætor* illa parte edicti id ipsum notat; nam *multum interest ex delicto*, *an ex contractu debitor esse* : *atque si quis alieno nomine convenerit*, liber erit, veluti si fidejussorio nomine judicio convenitur ; etenim pro alio damnatur.

§ 182. Dans certaines actions, la condamnation entraîne l'infamie : telles sont les actions de *vol*, de *biens ravis par force*, d'*injures*, les actions de *société*, de *tutelle*, de *mandat*, de *dépôt*. Quant aux personnes poursuivies par les actions de *vol*, de *biens ravis par force* et d'*injures*, elles sont notées d'infamie, non - seulement quand elles sont condamnées, mais encore quand elles se sont arrangées à l'amiable avec leur partie adverse : ainsi le déclare l'édit avec raison. Il est bien différent, en effet, d'être obligé en vertu d'un délit ou de l'être en vertu d'un contrat, comme le préteur le remarque dans son édit, où il sépare les contrats des délits; c'est pourquoi, celui qui est poursuivi pour le délit d'autrui n'encourt pas l'infamie : tel est celui qui est poursuivi à titre de fidéjusseur, car il est condamné pour autrui.

La condamnation seule faisait encourir l'infamie, quand l'action était poursuivie en vertu des contrats ou quasi-contrats dont parle notre texte. La transaction entraînait le même résultat que la condamnation à l'égard de l'action née d'un délit, par le motif que transiger dans ce cas, c'est reconnaître un délit (L. 5, ff. *de his qui not. infamiâ*).—Jus-

tinien explique (*Instit.*, *de pœnâ temerè litigant.*, § 2) que les actions *directes* de tutelle, de mandat, de dépôt, entraînaient seules l'infamie, résultat que ne produisaient pas les actions *contraires* nées des mêmes causes, ces actions n'ayant pour but que des règlements de comptes et ne présupposant pas la mauvaise foi (L. 5 précitée, ff. *de his qui*), sauf cependant l'hypothèse où le mandant refusait de rembourser le fidéjusseur qui avait payé pour lui (L. 6, § 5, ff. même titre). — Quant aux actions de société, elles entraînaient l'infamie pour le condamné, quel qu'il fût (*Instit.*, *de pœnâ temerè litig.*, § 2).

§ 183. In summa sciendum est eum qui *in jus aliquem vocat et cum eo vult* agere, et eum qui vocatus est, naturali *ratione* ac lege *propriam* personam habere *debere;* quare *sine* permissu *prætoris* liberis cum parentibus non tuetur actio, nec patrono et liberto, si *non impetrabitur* venia *edicti*, et in eum qui adversus ea egerit, *pœna* pecuniaria *statuitur*.

§ 183. Disons, en terminant, que le demandeur et le défendeur, d'après la raison naturelle et conformément à la loi, doivent avoir une personnalité distincte; c'est pourquoi, sans l'autorisation du préteur, les enfants n'ont pas d'actions contre leurs ascendants; les affranchis n'en ont pas contre leurs patrons, à moins de les avoir obtenues par faveur de l'édit; c'est pourquoi on prononce une peine pécuniaire contre celle d'entre ces personnes qui aura agi malgré ces prohibitions.

Une action pénale *in factum* avait été introduite par le préteur contre l'enfant qui, sans son autorisation préalable, avait intenté une action contre son ascendant, et aussi contre l'affranchi qui aurait agi de même contre son patron. La peine de cinquante sous d'or est édictée par Justinien (*eod.*, § 3).

§ 184. Qui autem in jus vocatus fuerit *ab* adversario, ni eo die finiverit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat se certo die sisti.

§ 184. Celui qui a été appelé à comparaître devant le préteur doit, si l'affaire n'est pas terminée le même jour, proposer à son adversaire un *vadimonium*, c'est-à-dire promettre de se représenter à jour fixe.

Il ne faut pas confondre le *vadimonium*, ou la promesse de se représenter devant le magistrat, avec la *comperendinatio*, ou promesse de se représenter devant le juge (texte, § 15, et Cicér., *pro Murenâ*, 12 ; — Aulu-Gelle, x, 24). — Le délai du *vadimonium* était généralement de trente jours ; celui de la *comperendinatio* n'était que de trois jours *(eod.)*. — Il ne paraît pas que les parties fournissent aucune garantie pour assurer la comparution devant le juge (Asconius, *in Verrem*, I, 9), à la différence de ce qui concernait le *vadimonium* (§§ 185 et 186). Si le défendeur ne se présentait pas devant le juge au jour fixé, le demandeur devait solliciter du magistrat une ordonnance qui lui enjoignît de comparaître ; elle pouvait être renouvelée deux fois à des intervalles de dix jours. Après la dernière citation, le juge pouvait prononcer. — Si c'était le demandeur qui faisait défaut, le défendeur pouvait requérir jugement. S'il ne le faisait pas, il pouvait y avoir lieu à la péremption de l'instance, suivant ce que nous avons dit en parlant des instances *légitimes* (L. 27, § 1, ff. *de lib. causâ*; — L. 6, § 3, ff. *de conf.*; — L. 28, *de app.*, et LL. 68 et suiv., *de jud.*).

§ 185. Fiunt autem vadimonia quibusdam ex causis pura, id est, sine satisdatione ; quibusdam cum satisdatione ; quibusdam jurejurando ; quibusdam recuperatoribus suppositis, id est, ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summam vadimonii condemnetur : eaque singula diligenter prætoris edicto significantur.

§ 185. Dans quelques cas, les *vadimonia* sont simples, c'est-à-dire faits sans caution ; dans d'autres cas, ils ont lieu avec caution ; dans d'autres, avec serment ; dans d'autres, enfin, ils sont suivis de la nomination de récupérateurs, c'est-à-dire que celui qui n'aura pas comparu au jour convenu sera sur-le-champ condamné par les récupérateurs à la somme du *vadimonium* : tous ces *vadimonia* sont clairement expliqués dans l'édit du préteur.

§ 186. Et si quidem judicati depensive agitur, tanti fiet vadimonium, quanti ea res erit ; si vero ex cæteris causis, quanti actor juraverit non calumniæ causa postulare sibi

§ 186. Dans les actions de *chose jugée* et de *chose payée*, le *vadimonium* s'élève au montant du litige ; dans d'autres cas, on promet au demandeur un *vadimonium* qui

vadimonium promitti : nec tamen *pluris quam partis dimidiæ*, *nec pluribus quam* sestertium C millibus fit vadimonium. Itaque si centum millium res erit, nec judicati depensive agetur, non plus quam sestertium quinquaginta millium fit vadimonium.

s'élève à ce qu'il a juré demander de bonne foi ; cependant, le *vadimonium* ne s'élève pas à plus de la moitié de la chose demandée, et jamais à plus de cent mille sesterces. Si donc l'objet en litige est de cent mille, dans toute action autre que celle de *chose jugée* et de *chose payée*, le *vadimonium* ne s'élève pas à plus de cinquante mille sesterces.

Le sesterce représente 19 centimes. Cent mille sesterces valaient donc 19,000 fr. de notre monnaie. On voit que les *vadimonia* atteignaient un chiffre considérable.

§ 187. Quas autem personas sine permissu prætoris impune in jus vocare non possumus, easdem nec vadimonio invitas obligare possumus, præterquam si prætor aditus permittit.

§ 187. Les personnes que nous ne pouvons pas appeler impunément devant le préteur, sans l'autorisation de ce dernier, ne peuvent être, malgré elles, obligées par nous au *vadimonium*, à moins que le préteur n'ait donné la permission de les y contraindre.

Le respect dû par le demandeur ou défendeur, dans l'hypothèse prévue, justifie la disposition contenue dans notre paragraphe.

FIN DES INSTITUTES DE GAÏUS.

TABLE DES DIVISIONS.

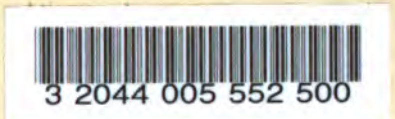
COMMENTAIRE PREMIER.

COMMENTAIRE DEUXIÈME.

COMMENTAIRE TROISIÈME.

COMMENTAIRE QUATRIÈME.

FIN DE LA TABLE DES DIVISIONS.


3 2044 005 552 500

